ÁLVARO VERAS, CAMILA ZIMMERMANN, FABIO SCHWARTZ, FELIPPE BORRING, FERNANDA FÁBREGAS, FRANKLYN ROGER, HELLENA LEITE, JERUSKA CAMPELO, LARA TELES, RAFAEL DE SÁ MENEZES, RÔMULO CARVALHO E TADEU VALVERDE

DISCURSIVAS, PEÇAS PRÁTICAS E PROVA ORAL *comentadas*

DEFENSORIA PÚBLICA ESTADUAL BANCA CESPE

CONTEÚDO:

- Questões de concursos públicos anteriores com sugestão de resposta e jurisprudência aplicada
- Comentadas por membros da carreira de Defensor Público
- 57 questões discursivas
- 27 peças práticas
- 55 questões de prova oral

1ª edição

Editora Questões Discursivas
www.questoesdiscursivas.com.br

SUMÁRIO

- **ORGANIZADOR** **9**
- **COORDENADOR** **9**
- **AUTORES** **10**
- **QUESTÕES DISCURSIVAS** **14**

DIREITO ADMINISTRATIVO **14**

CONCURSO PÚBLICO 14

DPE/RR - 2013 - CESPE 14

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA 18

DPE/AC - 2012 - CESPE 18

PRINCÍPIOS 21

DPE/ES - 2012 - CESPE 21

PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR 24

DPE/BA - 2010 - CESPE 24

DPE/TO - 2012 - CESPE 26

DPDF - 2013 - CESPE 28

RESPONSABILIDADE CIVIL 31

DPE/RN - 2015 - CESPE 31

DIREITO AMBIENTAL **33**

PRINCÍPIOS DO DIREITO AMBIENTAL 33

DPE/AC - 2012 - CESPE 33

DIREITO CIVIL **36**

CONTRATOS 36

DPE/ES - 2012 - CESPE 36

DPE/AL - 2009 - CESPE 40

DIREITOS DE FAMÍLIA 41

DPE/AC - 2012 - CESPE 41

DIREITOS REAIS 44
DPE/RN - 2015 - CESPE 44
DPE/PE - 2014 - CESPE 46
PESSOA JURÍDICA 48
DPDF - 2013 - CESPE 48
RESPONSABILIDADE CIVIL 50
DPE/SE - 2006 - CESPE 50
DPE-AL - 2009 - CESPE 51

DIREITO DO CONSUMIDOR 52
CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR 52
DPE/TO - 2012 - CESPE 52

DIREITO CONSTITUCIONAL 56
INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO 56
DPDF - 2013 - CESPE 56
PODER CONSTITUINTE 58
DPE/PE - 2014 - CESPE 58
REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS 59
DPE/SE - 2012 - CESPE 59
SEGURIDADE SOCIAL 60
DPE/RR - 2013 - CESPE 60

DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS 62
DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL 62
DPE/RN - 2015 - CESPE 62
DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA 64
DPE/ES - 2012 - CESPE 64
DPE/MA - 2011 - CESPE 65
POLÍTICAS PÚBLICAS DIRECIONADAS À INFÂNCIA E JUVENTUDE 68
DPE/ES - 2012 - CESPE 68
PROMOÇÃO DA IGUALDADE 70
DPE/BA - 2010 - CESPE 70

TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL 71
DPE/AC - 2012 - CESPE 71
DPDF - 2013 - CESPE 74

PRINCÍPIOS E ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA 77
PRINCÍPIOS E ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA 77
DPDF - 2013 - CESPE 77

DIREITO EMPRESARIAL 80
CHEQUES 80
DPE/TO - 2012 - CESPE 80
SOCIEDADE EMPRESÁRIA 82
DPDF - 2013 - CESPE 82

DIREITO PENAL 83
APLICAÇÃO DA LEI PENAL 83
DPE/TO - 2012 - CESPE 83
CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO 86
DPE/SE - 2005 - CESPE 86
IMPUTABILIDADE PENAL 88
DPE/SE - 2005 - CESPE 88
LEI MARIA DA PENHA 91
DPE-ES - 2012 - CESPE 91
PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL 94
DPE/RR - 2013 - CESPE 94
DPE-SE - 2012 - CESPE 97
TEORIAS DO DIREITO PENAL 100
DPE/AC - 2012 - CESPE 100

DIREITO PROCESSUAL CIVIL 103
AÇÃO CIVIL PÚBLICA 103
DPE/SE - 2012 - CESPE 103
DPE/RR - 2013 - CESPE 106

CAPACIDADE PROCESSUAL 108

DPE/TO - 2012 - CESPE 108

EXECUÇÃO 109

DPE/SE - 2006 - CESPE 109

MANDADO DE SEGURANÇA 111

DPE/AM - 2003 - CESPE 111

RECURSOS 113

DPE/BA - 2010 - CESPE 113

DIREITO PROCESSUAL PENAL 115

ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA 115

DPE/MA - 2011 - CESPE 115

DIREITO TRIBUTÁRIO 117

TAXAS 117

DPE/BA - 2010 - CESPE 117

DIREITOS HUMANOS 121

DIREITOS HUMANOS 121

DPE/ES - 2012 - CESPE 121

DPE/RR - 2013 - CESPE 126

DPDF - 2013 - CESPE 127

DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE 131

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE 131

DPE/RR - 2013 - CESPE 131

DPE/SE - 2012 - CESPE 134

DPE/BA - 2010 - CESPE 136

DPE/AC - 2012 - CESPE 137

DPE/RN - 2015 - CESPE 140

DPDF - 2013 - CESPE 142

DPE/BA - 2010 - CESPE 143

DPE/TO 2012 - CESPE 145

• **PEÇAS PRÁTICAS** **150**

PEÇA PROCESSUAL CIVIL **150**

AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO LIMINAR 150

DPDF - 2013 - CESPE 150

AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E IMATERIAIS 160

DPE/RR - 2013 - CESPE 160

AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS C/C REVISÃO DE CLÁUSULAS DE ACORDO EM SEPARAÇÃO JUDICIAL, COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA INCIDENTE 167

DPE/AL - 2003 - CESPE 167

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER, CUMULADA COM AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E IMATERIAIS, COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA INCIDENTE 172

DPE/TO - 2012 - CESPE 172

AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C NULIDADE DE REGISTRO CIVIL 179

DPE/SE - 2006 - CESPE 179

AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS COM PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA DE NATUREZA ANTECIPATÓRIA 182

DPE/SE - 2012 - CESPE 182

AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS, MATERIAIS E ESTÉTICOS COM PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA 189

DPE/MA - 2011 - CESPE 189

CONTESTAÇÃO 193

DPE/AL - 2009 - CESPE 193

DPE/ES - 2012 - CESPE 198

MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO DE CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR 204

DPE/RO - 2012 - CESPE 204

RECURSO DE APELAÇÃO 208

DPE/RN - 2015 - CESPE 208

DPE/AM - 2003 - CESPE 214

RECURSO ESPECIAL COM PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO 220

DPE/BA - 2010 - CESPE 220

PEÇA PROCESSUAL PENAL 226
ALEGAÇÕES FINAIS 226
DPE/AL - 2003 - CESPE 226
EMBARGOS INFRINGENTES 231
DPE/BA - 2010 - CESPE 231
DPE/MA - 2011 - CESPE 240
RAZÕES DE RECURSO DE APELAÇÃO 249
DPE/SE - 2012 - CESPE 249
DPE/RO - 2012 - CESPE 258
DPE/AM - 2003 - CESPE 268
DPE/AC - 2012 - CESPE 277
RECURSO DE APELAÇÃO 291
DPE/TO - 2012 - CESPE 291
DPE/SE - 2006 - CESPE 303
DPDF - 2013 - CESPE 308
DPE/RN - 2015 - CESPE 317
RECURSO EM SENTIDO ESTRITO 325
DPE/PE - 2014 - CESPE 325
DPE/RR - 2013 - CESPE 332
REVISÃO CRIMINAL 343
DPE/ES - 2012 - CESPE 343

• QUESTÕES DE PROVA ORAL 354
DIREITO ADMINISTRATIVO 354
DIREITO CIVIL 364
DIREITO CONSTITUCIONAL 373
DIREITO DO CONSUMIDOR 386
DIREITO PENAL 393
DIREITO PROCESSUAL CIVIL 402
DIREITO PROCESSUAL PENAL 409
DIREITOS HUMANOS 417
DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE 423

ORGANIZADOR

MIGUEL BLAJCHMAN

Advogado. Fundador do site Questões Discursivas. Ex-Analista de Planejamento e Orçamento da Secretaria Municipal da Fazenda do Rio de Janeiro (SMF/RJ). Aprovado nos seguintes concursos: Analista de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (TCE/RJ). Analista e Técnico do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPE/RJ) e Advogado da Dataprev.

COORDENADOR

RODRIGO DUARTE

Advogado da União, Ex-Oficial de Justiça e Avaliador Federal no TRF da 2ª Região, Ex-Técnico Administrativo do Ministério Público da União (MPU), Ex-Técnico de Atividade Judiciária no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ). Aprovado e nomeado no concurso de Analista Processual do Ministério Público do Rio de Janeiro (MPE/RJ).

AUTORES

ÁLVARO VERAS

Defensor Público Federal. Professor do Ouse Saber. Ex-Técnico Judiciário do TJ/CE. Aprovado nos seguintes concursos: Procurador do Estado do Rio Grande do Norte (4º lugar – 2015); Procurador do Estado da Bahia (2014); Procurador do Estado do Piauí (2014); Defensor Público do Estado do Ceará (6º lugar – 2015) e Analista Judiciário no MPU (2013).

CAMILA ZIMMERMANN

Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro. Ex-Técnico Superior Jurídico da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Ex- Estagiária da 11ª e 42ª Varas Criminais da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Aprovada nos seguintes concursos: Defensor Público do Estado do Rio Grande do Sul (2015), Defensor Público do Estado de Minas Gerais (2015), Defensor Público do Estado do Paraná (2015) e Defensor Público do Distrito Federal (2014).

FABIO SCHWARTZ

Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito. Professor da FESUDEPERJ. Autor de livros de Direito do Consumidor.

FELIPPE BORRING

Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. Mestre (UNESA) e Doutorando (UFF) em Direito. Professor do curso de graduação em Direito da UFRJ e cursos de pós-graduação e preparatórios para concursos públicos. Articulista, palestrante e autor, dentre outros, dos livros Teoria Geral dos Recursos Cíveis, Manual dos Juizados Especiais Cíveis: Estaduais, Juizados Especiais Cíveis e Criminais Estaduais e Federais. Membro do IAB, do IBDP e dos Conselhos Editoriais da Revista de Direito da DPGE/RJ e da Lumen Juris.

FERNANDA FÁBREGAS

Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro. Pós Graduada pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Autora dos artigos: "A concessão de uso especial para fins de moradia na ordem jurídica brasileira: a Medida Provisória 2.220 a partir de uma análise Constitucional", aprovado pela banca examinadora para publicação na Biblioteca Digital da Fundação Getúlio Vargas e no livro "Coleção Jovem Jurista", Rio de Janeiro: FGV DIREITO RIO, 2011- ISSN: 2179-0906, que recebeu o prêmio Miranda Rosa de Qualidade; Artigo Científico: "A concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente na renúncia do herdeiro descendente", incluído no Volume 16, nº 2 da Revista de Artigos Científicos dos Alunos da EMERJ (ISSN 2179-8575).

FRANKLYN ROGER

Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. Doutorando e Mestre em Direito Processual pela UERJ. Professor de Direito Processual Penal na UCAM-RJ e de Princípios Institucionais da Defensoria Pública na FESUDEPERJ. Co-autor dos livros Manual de Processo e Prática Penal e Princípios Institucionais da Defensoria Pública.

HELLENA LEITE

Defensora Pública do Estado de Pernambuco. Ex- Técnica Judiciária no Tribunal de Justiça do Estado Pernambuco - TJPE. Pós Graduada em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade Damásio de Jesus.

JERUSKA CAMPELO

Defensora Pública do Estado do Maranhão. Ex-Analista Judiciário do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Ex- Assistente Técnico Administrativa do Ministério da Fazenda.

LARA TELES

Defensora Pública do Estado do Ceará. Ex-Oficiala de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE). Aprovada nos seguintes concursos: Defensoria Pública da União (2014); Defensora Pública do Estado do Maranhão (1º lugar - 2016); Delegada de Polícia do Estado do Ceará (2015) e Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (2014).

RAFAEL DE SÁ MENEZES

Defensor Público do Estado de São Paulo. Mestre e Doutor em Direitos Humanos pela USP.

RÔMULO CARVALHO

Defensor Público do Estado de Minas Gerais. Pós-graduado na EMERJ. Aprovado também no II concurso para ingresso na carreira da Defensoria Pública do Paraná.

TADEU VALVERDE

Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro, Professor de Direito Civil e de Direito da Criança e do Adolescente de diversos cursos jurídicos, Especialista em Direito da Criança e do Adolescente.

CAPÍTULO 1

QUESTÕES DISCURSIVAS

DIREITO ADMINISTRATIVO

CONCURSO PÚBLICO

DPE/RR - 2013 - CESPE

O governador do estado X, alegando inexistência de normas legais relativas a concursos públicos, editou decreto com o estabelecimento de normas gerais para os concursos públicos sob a responsabilidade do estado. Entre os requisitos e condições estabelecidos no decreto, passou a ser obrigatória, nos editais de concursos públicos para cargos que envolvessem trabalho vinculado a crianças, a previsão de limite mínimo de idade de trinta anos para os concorrentes e de sua aprovação, em etapa eliminatória do certame, em exame psicotécnico. Um mês depois da edição do decreto, a Secretaria de Educação do Estado X publicou edital de concurso público para o preenchimento de trinta vagas no cargo de médico pediatra com atuação nas creches públicas estaduais, tendo sido previstas a comprovação, no ato de inscrição, da idade mínima de trinta anos e a aprovação do certame, em exame psicotécnico, de caráter sigiloso e irrecorrível. De acordo, ainda, com o edital a aprovação no concurso público, prevista como mera expectativa de direito, não gerava direito subjetivo à nomeação, que ocorreria à conveniência administrativa da Secretaria. Antônio, médico pediatra com vinte e nove anos de idade, entendendo que o seu direito de concorrer ao referido cargo estava sendo violado, procurou os órgãos competentes, com propósito de impugnar o decreto governamental e o edital do concurso. Em face dessa situação hipotética, responda, de forma justificada, citando os dispositivos constitucionais pertinentes e o entendimento jurisprudencial a respeito da matéria, às indagações seguintes: 1- Que argumentos jurídicos podem fundamentar a invalidação do edital? 2- No que diz respeito ao controle da administração pública, quais são os órgãos competentes e os meios adequados para realizar o controle de legalidade do edital?

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

A investidura em cargo ou emprego público, nos termos do artigo 37, II, da CRFB, depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, excetuando-se as nomeações para cargo em comissão, declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

No que tange aos requisitos para ingresso, dispõe o art. 37, I, da CRFB, que, no caso dos brasileiros, os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis àqueles que preencham os requisitos estabelecidos em lei.

Vê-se, pois, que os dispositivos constitucionais ora em comento constituem expressão do princípio da legalidade, norteadora da atividade da Administração Pública, por força do caput do art. 37 da Carta Magna. Com efeito, somente por intermédio de lei será possível estipular critérios para admissão em cargos e empregos públicos. Desta feita, o decreto expedido pelo Chefe do Executivo viola frontalmente o texto da Constituição Federal.

Ademais, não se mostra razoável o conteúdo do referido ato normativo. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal possui entendimento cristalizado (Súmula 683) no sentido de que o limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da CRFB, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido. Desta feita, é ilegítima a disposição contida no decreto que prevê limite mínimo de idade de trinta anos para os concorrentes, visto que dissociada da natureza e da complexidade do cargo de médico pediatra.

Da mesma forma, a previsão de exame psicotécnico estritamente por ato infralegal não é admitida no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Deveras, dispõe a Súmula Vinculante nº 44 que somente por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público. A Suprema Corte exige, ainda, que o referido exame dependa de um grau mínimo de objetividade e de publicidade dos atos em que se desdobra, sendo necessário oportunizar ao candidato a possibilidade de reexame.

Desta feita, ao conferir caráter sigiloso e irrecorrível ao exame psicotécnico, o edital procede de forma desarrazoada e desproporcional, violando, outrossim, o direito constitucional de informação, insculpido no art. 5º, XXXIII, da CRFB.

Por fim, contraria o entendimento dos Tribunais Superiores a previsão editalícia no sentido de a aprovação no concurso público constituir mera expectativa de direito, não gerando direito subjetivo à nomeação, por se tratar de matéria submetida à apreciação de conveniência e oportunidade da Secretaria de Educação. Já decidiu o Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, que não há margem de discricionariedade da Administração quanto à convocação de aprovados em concurso público, fazendo exsurgir o direito subjetivo à nomeação, nas seguintes hipóteses excepcionais: quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital; quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF); quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração.

No que diz respeito ao controle de legalidade do edital, insta salientar, inicialmente, que o direito brasileiro filiou-se ao sistema da unidade de jurisdição, também conhecido como sistema do monopólio de jurisdição ou sistema inglês. Por essa modalidade, todos os litígios, administrativos ou de caráter privado, são sujeitos à apreciação e à decisão da Justiça comum, vale dizer, a que é composta de juízes e tribunais do Poder Judiciário. Nessa toada, dispõe o art. 5º, XXXV, da CRFB que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Assim, por decorrer de mandamento constitucional, o particular poderá se valer da tutela jurisdicional, impetrando, no caso em tela, mandado de segurança, tendo em vista o intuito de proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, levando em conta que o responsável pela ilegalidade é autoridade pública (art. 5º, LXIX, da CRFB), desde que sejam atendidos os requisitos da Lei nº 12.016/09.

Vale ressaltar, nesse ponto, que o controle judicial sobre os atos da Administração é exclusivamente de legalidade. Significa dizer que o Judiciário tem o poder de confrontar qualquer ato administrativo com a lei ou com a Constituição e verificar se há ou não com-

patibilidade normativa, jamais adentrando no mérito administrativo. O mesmo se aplica às ações relacionadas com concursos públicos.

Não obstante, o particular poderá, ainda, provocar a própria Administração Pública que elaborou o edital (Secretaria de Educação) para que esta proceda à anulação do ato. Com efeito, a possibilidade de anulação de seus próprios atos, inclusive de ofício, constitui o chamado poder de autotutela, o qual, em última análise, decorre do princípio da legalidade, sendo expressamente admitido pelo STF (Súmulas 346 e 473). Para tanto, deverá o administrado valer-se do chamado direito de petição, com fulcro no art. 5º, XXXIV, da CRFB, para a defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.

Ademais, é facultada ao particular a utilização de recursos administrativos dirigidos à autoridade superior daquela que editou o ato impugnado, isto é, tratando-se de edital publicado pela Secretaria de Educação, o recurso seria encaminhado ao Governador do Estado, que independe de fundamentação legal. O fundamento para essa atuação é o controle hierárquico, que autoriza a revisão, pela autoridade superior, dos atos praticados por agentes de nível hierárquico mais baixo. Se o ato contiver vício de legalidade, ou não se coadunar com a orientação administrativa, pode o agente superior revê-lo para ajustamento a essa orientação ou para restaurar a legalidade.

Ressalte-se, por fim, que o Ministério Público, consoante entendimento do STJ, detém legitimidade para pleitear a anulação de concursos públicos, mormente quando desrespeitados preceitos constitucionais, valendo-se o parquet do manuseio de ação civil pública. Com efeito, nos termos do art. 129, III, da CRFB, é função do Ministério Público promover a ação civil pública para a salvaguarda de interesses difusos e coletivos, sendo admitido, ainda, a defesa de interesses individuais homogêneos, desde que haja relevante caráter social. Logo, cabível, na hipótese, a provocação do Ministério Público para que este intente ação civil pública com o objetivo de anular o certame, pois ilegal.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

Concurso público: além da necessidade de lei formal prevendo-o como requisito para o ingresso no serviço público, o exame psicotécnico depende de um grau mínimo de objetividade e de publicidade dos atos em que se desdobra: precedentes. (STF, RE 417.019-AgR, rel. min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 14-8-2007, Primeira Turma, DJ de 14-9-2007.)

O exame psicotécnico, especialmente quando possuir natureza eliminatória, deve revestir-se de rigor científico, submetendo-se, em sua realização, à observância de critérios técnicos que propiciem base objetiva destinada a viabilizar o controle jurisdicional da legalidade, da correção e da razoabilidade dos parâmetros norteadores da formulação e das conclusões resultantes dos testes psicológicos, sob pena de frustrar-se, de modo ilegítimo, o exercício, pelo candidato, da garantia de acesso ao Poder Judiciário, na hipótese de lesão a direito. (STF, AI 625.617-AgR, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 19-6-2007, Segunda Turma, DJ de 3-8-2007.)

O Supremo Tribunal Federal fixou jurisprudência no sentido de que o exame psicotécnico pode ser estabelecido para concurso público desde que por lei, tendo por base critérios

objetivos de reconhecido caráter científico, devendo existir, inclusive, a possibilidade de reexame. (STF, RE 473.719-AgR, rel. min. Eros Grau, julgamento em 17-6-2008, Segunda Turma, DJE de 1º-8-2008.)

A tese objetiva assentada em sede desta repercussão geral é a de que o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizadas por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. Assim, a discricionariedade da Administração quanto à convocação de aprovados em concurso público fica reduzida ao patamar zero (Ermessensreduzierung auf Null), fazendo exsurgir o direito subjetivo à nomeação, verbi gratia, nas seguintes hipóteses excepcionais: i) Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital (RE 598.099); ii) Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF); iii) Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima. (STF, RE 837.311, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 9-12-2015, Plenário, DJE de 18-4-2016, com repercussão geral.)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. CLÁUSULAS EDITALÍCIAS. REEXAME DE QUESTÕES DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. Esta Corte entende que a competência do Poder Judiciário, nas ações relacionadas com concursos públicos, limita-se ao exame da legalidade das cláusulas editalícias e dos atos praticados por ocasião da realização do certame, sendo vedada a avaliação dos critérios de formulação de questões, de correção de provas e de atribuição de notas aos candidatos, tarefas cuja responsabilidade é da banca examinadora. Agravo regimental improvido. (STF, AgRg no REsp 1221807 , rel. min. Cesar Asfor Rocha, julgamento em 28-2-2012, Segunda Turma, DJE de 7-3-2012).

Ambas as Turmas desta Corte já se manifestaram pela admissibilidade do controle jurisdicional da legalidade do concurso público quando verificado o descompasso entre as questões de prova e o programa descrito no edital, que é a lei do certame. (...) Inexistência de direito líquido e certo a ser protegido quando constatado que os temas abordados nas questões impugnadas da prova escrita objetiva RELACIONADA aos candidatos estão rigorosamente circunscritos às matérias descritas no programa definido para o certame. (STF, MS 30.894, rel min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 8-5-2012, Segunda Turma, DJE de 24-9-2012).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSOESPECIAL. TEMPESTIVIDADE. CONCURSO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. LEGITIMIDADE DOMINISTÉRIO PÚBLICO. ALÍNEA C. NECESSIDADE DE COTEJO ANALÍTICOENTRE PARADIGMAS E DECISÃO IMPUGNADA. INEXISTÊNCIA DE SIMILITUDEFÁTICA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS COM EFEITOS MODIFICATIVOS. [...] 3. Não há falar em ilegitimidade ativa do Ministério Público para a ação civil pública, tendo em vista que esta Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de que o Parquet tem legitimidade para propor ação civil pública para anular concurso realizado sem a observância dos princípios estabelecidos na Constituição Federal [...] (STJ,

EDcl no REsp 1121977 SP, rel min. Mauro Campbell Marques, julgamento em 4-10-2012, Segunda Turma, DJE de 11-10-2012).

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1- Conforme a jurisprudência desta Corte o Ministério Público tem legitimidade para atuar na defesa coletiva de candidatos em concurso público, desimportando, se o objeto da ação civil pública é a anulação do concurso ou do ato administrativo que o anulou. 2- Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgRg no REsp 996258 DF , rel min. Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), julgamento em 29-6-2009, Sexta Turma, DJE de 3-8-2009).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DE INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS DISPONÍVEIS. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRECEDENTES. 1. O Ministério Público possui legitimidade para propor ação civil coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos de relevante caráter social, ainda que o objeto da demanda seja referente a direitos disponíveis (RE 500.879-AgR, rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 26-05-2011; RE 472.489-AgR, rel. Min. Celso De Mello, Segunda Turma, DJe de 29-08-2008). 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, RE 401482 PR, rel min. Teori Zavascki, julgamento em 4-6-2013, Segunda Turma, DJE de 21-6-2013).

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GABARITO DA BANCA EXAMINADORA:

- Gabarito: 1 Apresentação e estrutura textual (legibilidade, respeito às margens e indicação de parágrafos), 2 Conhecimento do tema, 2.1 Argumentos jurídicos para a invalidação do edital (dispositivos constitucionais pertinentes e entendimento jurisprudencial), 2.2 Órgãos competentes e meios adequados para o controle de legalidade do edital (dispositivos constitucionais pertinentes e entendimento jurisprudencial)

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

DPE/AC - 2012 - CESPE

Um professor da rede pública estadual utilizou de artifícios ilegais para ficar afastado de seus deveres funcionais. Para tanto, solicitou à diretora da escola e à coordenadora pedagógica, suas amigas pessoais, que assinassem o seu nome em lista de presença, como se estivesse presente em sala de aula, conseguindo permanecer nessa situação por aproximadamente sete anos. Em razão de denúncia recebida, o Ministério Público ajuizou ação de improbidade administrativa, incluindo, entre os pedidos, o de devolução dos salários indevidamente pagos por todo o período em que ocorreu a fraude. Em sua defesa, o professor alegou que a pretensão de ressarcimento ao erário deveria ficar restrita aos cinco

anos anteriores à propositura da ação, em razão da prescrição prevista no art.23, inciso I, da Lei n.o 8.429/1992. Em face dessa situação hipotética, redija texto dissertativo, devidamente fundamentado, em resposta à seguinte indagação: a alegação de prescrição formulada pelo professor deve ser acolhida?

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

A base constitucional direta para a responsabilização pelos atos de improbidade administrativa encontra-se no art. 37, §4º, da Carta Magna, segundo o qual os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

A doutrina majoritária, interpretando o dispositivo, aduz tratar-se de norma constitucional de eficácia limitada, carecendo de normatização infraconstitucional para que pudesse produzir todos os seus efeitos. Nesse contexto, a Lei n. 8.429/92 foi editada, classificando e definindo os atos de improbidade administrativa em três espécies: os que importam enriquecimento ilícito (art. 9º); os que causam prejuízo ao erário (art. 10); e os que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

Dessa feita, o agente público que praticar atos que se enquadrem nas referidas condutas estará sujeito à ação judicial de improbidade administrativa, desde que sejam respeitados os prazos prescricionais expressos no art. 23 da Lei de Improbidade Administrativa. Nos termos desse dispositivo, a ação de improbidade pode ser proposta: (a) até cinco anos após o término do exercício do mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; (b) dentro do prazo prescricional contemplado em lei específica para a pena de demissão a bem do serviço público, nos casos de ser o servidor titular de cargo público ou exercente de emprego público.

Em que pese a previsão legal, a doutrina majoritária e a jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores consideram imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário por danos causados por agente público, seja ele servidor público ou não, com fundamento no 37, §5º, da CRFB. Assim, ainda que para outros fins a ação de improbidade esteja prescrita, o mesmo não ocorrerá quanto ao ressarcimento aos cofres públicos. Também nessa linha é o entendimento do Tribunal de Contas da União (Súmula 282).

Ressalte-se que, nos termos de jurisprudência recente do STF, se o Poder Público sofreu um dano ao erário decorrente de um ilícito civil e deseja ser ressarcido, ele deverá ajuizar a ação regressiva contra o servidor no prazo prescricional previsto em lei. No entanto, tal entendimento não prevalece quando há prejuízo ao erário por meio da prática de um ato de improbidade administrativa, visto que continua a compreensão de que a pretensão de ressarcimento ao erário, neste caso, é imprescritível.

Importante salientar posicionamento minoritário, capitaneado por Celso Antonio Bandeira de Mello, para quem, se adotada a imprescritibilidade, estar-se-ia eliminando o direito de defesa do acusado, visto que ninguém guarda documentação que lhe seria necessária além de um prazo razoável. Alega também o autor que, quando se quis adotar a regra da

imprescritibilidade, a Constituição o fez expressamente, como no artigo 5º, LII e LXIV. Somado a isso, o que se extrairia do artigo 37, §5º, seria a intenção de separar os prazos de prescrição do ilícito, penal ou administrativo, dos prazos das ações de responsabilidade. Assim, a ressalva para as ações de ressarcimento significa que terão prazos autônomos em relação aos que a lei estabelecer para a responsabilidade administrativa e penal.

Feita a ressalva, no caso em tela, a alegação do professor de que incidiria a prescrição quinquenal na pretensão de ressarcimento ao erário não encontra guarida na Constituição Federal, conforme entendimento da doutrina majoritária e da jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores, razão pela qual deverá devolver todos os valores auferidos em virtude de sua conduta ímproba, não havendo falar em prescrição.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

Súmula 282 do TCU: *As ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis.*

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. RESSARCIMENTO DE DANO AO ERÁRIO PÚBLICO. IMPRESCRITIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. É pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que a pretensão de ressarcimento por prejuízo causado ao erário, manifestada na via da ação civil pública por improbidade administrativa, é imprescritível. Daí porque o art. 23 da Lei n. 8.429/92 tem âmbito de aplicação restrito às demais sanções prevista no corpo do art. 12 do mesmo diploma normativo. (...) (STJ, AgRg no REsp 1442925/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, julgado em 16/09/2014).

ADMINISTRATIVO - AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - SANÇÕES APLICÁVEIS - RESSARCIMENTO DE DANO AO ERÁRIO PÚBLICO - PRESCRIÇÃO. 1. As punições dos agentes públicos, nestes abrangidos o servidor público e o particular, por cometimento de ato de improbidade administrativa estão sujeitas à prescrição quinquenal (art. 23 da Lei nº. 8.429/92). 2. Diferentemente, a ação de ressarcimento dos prejuízos causados ao erário é imprescritível (art. 37, § 5º, da Constituição). 3. Recurso especial conhecido e provido (STJ, REsp 1067561 AM, rel min. Eliana Calmon, julgamento em 5-2-2009, Segunda Turma, DJE de 27-2-2009.)

MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. BOLSISTA DO CNPq. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE RETORNAR AO PAÍS APÓS TÉRMINO DA CONCESSÃO DE BOLSA PARA ESTUDO NO EXTERIOR. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. I - O beneficiário de bolsa de estudos no exterior patrocinada pelo Poder Público, não pode alegar desconhecimento de obrigação constante no contrato por ele subscrito e nas normas do órgão provedor. II - Precedente: MS 24.519, Rel. Min. Eros Grau. III - Incidência, na espécie, do disposto no art. 37, § 5º, da Constituição Federal, no tocante à alegada prescrição. IV - Segurança denegada. (STF, MS 26210 DF, rel min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 4-9-2008, Tribunal Pleno, DJE de 10-10-2008.)

CONSTITUCIONAL E CIVIL. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO. 1. É prescritível a ação de reparação de danos

à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (STF, RE 669069 MG, rel min. Teori Zavascki, julgamento em 2-3-2016).

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

http://www.dizerodireito.com.br/2014/11/a-prescricao-nas-acoes-de-improbidade.html

GABARITO DA BANCA EXAMINADORA:

- Gabarito: 1- Apresentação e estrutura textual, legibilidade, respeito as margens e indicação de parágrafos) 2 Desenvolvimento do tema. 2.1 - Não acolhimento da alegação de prescrição 2.2 - Imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário 2.3 - Aplicabilidade da prescrição prevista no art. 23 da Lei n. 8.429/1992 para as demais sanções.

PRINCÍPIOS

DPE/ES - 2012 - CESPE

É necessário constitucionalizar o direito administrativo, o que significa, então, atualizá-lo e elevá-lo ao nível das instituições constitucionais. Trata-se de impregnar a atividade administrativa com o espírito de Constituição, de modo a propiciar a realização efetiva dos princípios e valores nela consagrados. Se é fundamental consagrar uma Constituição democrática e norteada à realização de certos valores, isso não basta para produzir um Estado democrático ou a efetivação dos valores desejados. A transformação concreta da realidade social e a sua adequação ao modelo constitucional dependem primordialmente do desenvolvimento de atividades administrativas efetivas. Tal enfoque acarreta a submissão da interpretação jurídica de todas as instituições do direito administrativo a uma compreensão fundada concreta e pragmaticamente nos valores constitucionais. (Marçal Justen Filho. O direito administrativo do espetáculo. In. Alexandre Santos do Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto (coord.) Direito administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte. Fórum. 2008, p. 65-85.). Com base no fragmento de texto apresentado acima, estabeleça a diferença entre o sentido tradicional do direito administrativo e o significado que ele adquire a partir de uma leitura constitucional. Ao elaborar seu texto, aborde, necessariamente, os seguintes aspectos: 1- Princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado; 2- Princípio da legalidade administrativa; 3- Discricionariedade e controle do mérito administrativo.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

O impulso decisivo para a formação do Direito Administrativo foi dado pela teoria da separação dos Poderes, desenvolvida por Montesquieu em resposta ao Estado absolutista,

que predominou até meados do século XVIII na Europa Ocidental. Sobrevindo a Revolução Francesa, o papel do Estado Liberal nascente era essencialmente negativo ou abstencionista, pois sua missão era a de proteger a propriedade e a liberdade. Também o Direito tinha a função de garantir os direitos individuais, estabelecendo os direitos de primeira geração, pautados na ideia de liberdade.

Nesse contexto, o princípio da legalidade foi concebido em uma vertente negativa, no sentido de que a Administração podia fazer tudo o que a lei não proibia. Assim, o controle judicial limitava-se à esfera jurídica dos cidadãos. A discricionariedade, entendida como poder político, era isenta de controle judicial.

Saindo da era do individualismo exacerbado, o qual gerara uma grave tensão social entre as classes sociais recém surgidas, foi imposto ao Estado um papel ativo na realização da justiça social. O ideal absenteísta do Estado liberal não respondia, satisfatoriamente, às exigências do momento. Nesse contexto, ganham destaque direitos que não mais correspondiam a uma pretensão de abstenção do Estado, mas que o obrigavam a prestações positivas, o que ficou consagrado como direitos de segunda geração, refletidos no ideal de igualdade.

Em consequência, ganha força a ideia de que os direitos da coletividade devem ser protegidos pelo Estado, emergindo a teoria da supremacia dos interesses públicos sobre os individuais. No Brasil, o ideário do liberalismo igualitário é invocado para negar a existência do princípio de supremacia do interesse público sobre interesses particulares, por expressar tal princípio uma visão utilitarista ou organicista da ética jurídica e das relações sociais, insuficientemente preocupada com a proteção dos direitos fundamentais. Contudo, há de se reconhecer que em nome do primado do interesse público, inúmeras transformações ocorreram, havendo uma ampliação das atividades assumidas pelo Estado para atender às necessidades coletivas, reformulando os axiomas liberais que davam contorno aos princípios e institutos jurídicos.

Do princípio da supremacia do interesse público decorre a construção da conjuntura jurídica atual, que confere prerrogativas especiais à Administração como instrumentos para a consecução dos fins que a Constituição e as leis lhe impõem. Através dele, chega-se à premissa de que, existindo conflito entre o interesse público e o interesse particular, deverá prevalecer o primeiro, tutelado pelo Estado, respeitados, entretanto, os direitos e garantias individuais expressos na Constituição ou dela decorrentes.

Nessa toada, o princípio da legalidade passa por uma remodelagem. Por influência do positivismo jurídico, toda a atividade administrativa estaria subordinada à lei, nesse caso, no sentido de uma verdadeira vinculação positiva, isto é, a Administração só poderia fazer o que a lei permite. No que tange ao controle judicial, foram dados os primeiros passos para a sua ampliação, com a criação das teorias francesas do desvio de poder e dos motivos determinantes, que possibilitaram o exame dos fins e dos motivos dos atos administrativos.

Na terceira fase do Estado de Direito — Estado de Democrático de Direito, duas premissas fundamentais foram introduzidas: a de participação do cidadão na gestão e no controle da Administração Pública (democracia participativa) e a da legalidade vista sob o aspecto material, e não apenas formal. Teve início, portanto, a nova fase do princípio da legalidade, dando ensejo à chamada constitucionalização do direito administrativo.

O fenômeno em tela traduz-se pela valorização dos direitos fundamentais e pela atribuição aos princípios e valores previstos na Constituição de papel orientador das três funções do Estado. Os princípios e valores limitam a função legislativa, administrativa e ampliam a possibilidade de controle judicial sobre as leis e os atos administrativos. Nesse contexto, houve uma expansão do conceito de lei, passando a ser compreendida não somente sob o aspecto formal, mas também sob o aspecto material, visto que realiza os valores consagrados na Constituição.

Eis, em síntese, o panorama do processo de constitucionalização do direito administrativo, que trouxe grandes alterações no princípio da legalidade, na discricionariedade administrativa e na ampliação do controle judicial sobre os atos administrativos. Dessa forma, os princípios e valores previstos implícita ou explicitamente no ordenamento jurídico, especialmente a razoabilidade e a proporcionalidade, passam a limitar a discricionariedade administrativa.

Assim, na medida em que cresce o sentido da legalidade, reduz-se o da discricionariedade, em virtude, dentre outros fatores, da ampla aceitação das teorias do desvio de poder e dos motivos determinantes, bem como pela constitucionalização do Direito Administrativo, entendida no sentido da inclusão de princípios e valores no conceito de legalidade.

Todos esses fatores contribuíram para a construção do atual panorama de controle realizado pelo Poder Judiciário, o qual passa a examinar a validade das leis e dos atos administrativos sob novo aspecto. Da constitucionalização do Direito Administrativo, portanto, decorre a aplicação do princípio do devido processo legal em sentido substantivo, que permite ao Poder Judiciário rever e anular atos administrativos e legislativos contrários aos princípios e direitos fundamentais consagrados pela Constituição. Não é possível, contudo, que o Judiciário substitua o papel do administrador, adentrando no mérito administrativo, em juízo de conveniência e oportunidade, sob pena de violação ao princípio da separação de poderes.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, M. S. Z..Da constitucionalização do direito administrativo: Reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. *Atualidades Jurídicas: Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB.* **Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan/jun 2012.**

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GABARITO DA BANCA EXAMINADORA:

- Gabarito: 1. Princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. 2. Princípio da legalidade administrativa. 3. Discricionariedade e controle do mérito do ato administrativo.

PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

DPE/BA - 2010 - CESPE

Em sindicância na qual apurou a prática de infração disciplinar por servidor público, determinada comissão sindicante concluiu pela existência de fato que, no seu entendimento, justificava a aplicação da pena de suspensão de 15 dias ao referido servidor, que, sentindo-se lesado, requereu a nulidade da sindicância, sob a alegação de que não lhe havia sido dada a oportunidade de produzir provas da forma mais ampla possível e a de que o procedimento se desenvolvera sem que ele se fizesse representar por advogado. A comissão entendeu que, em razão de a sindicância constituir procedimento investigativo de rito sumário, de caráter meramente inquisitório, e dada a pouca repercussão da penalidade RELACIONADA, estariam dispensados os princípios da ampla defesa e do contraditório, somente exigíveis em face de processo administrativo disciplinar do qual resultassem penas mais severas. De igual modo, a comissão considerou que a falta de defesa técnica por advogado não invalidaria a sindicância, alegando que, de acordo com entendimento predominante, a defesa por advogado somente se faz obrigatória em processo judicial, não em processo administrativo. Com base nessa situação hipotética, responda, de forma fundamentada, aos seguintes questionamentos. Está correto o entendimento expresso pela comissão ao considerar que a sindicância teria caráter meramente inquisitório, sendo dispensáveis os princípios da ampla defesa e do contraditório? É, de fato, dispensável a defesa de acusado por advogado em sindicância e em processo administrativo disciplinar, somente sendo ela exigível em processo judicial?

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

A abertura de sindicância para a investigação de eventuais ilícitos praticados pelo servidor público está expressamente prevista no art. 143 da Lei nº 8.112/90, segundo o qual a autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa.

O conceito tradicional de sindicância consiste no meio sumário de que se utiliza a Administração para, sigilosa ou publicamente, com indiciados ou não, proceder à apuração de ocorrências anômalas no serviço público, as quais, confirmadas, fornecerão elementos concretos para a imediata abertura de processo administrativo contra o funcionário público responsável. De acordo com essa acepção, a sindicância seria uma mera fase preliminar à instauração do processo administrativo. Não é, contudo, o conceito adotado pela Lei n. 8.112/90.

Com efeito, da conclusão de uma sindicância pode resultar não só na instauração de um PAD, mas também implicar diretamente a aplicação das penalidades de advertência ou suspensão de até 30 (trinta) dias, nos termos do art. 145 do diploma citado.

Desta feita, em certas hipóteses, quando a sindicância constituir em um procedimento meramente investigatório, sem a formalização de acusação a qualquer servidor, não se cogitará observância de contraditório e ampla defesa. Diferentemente, sempre que a administração pretender aplicar ao servidor uma penalidade disciplinar com base apenas em

procedimento de sindicância deverá, obrigatoriamente, assegurar ao servidor o contraditório e a ampla defesa prévios. Nessa hipótese, a sindicância não possui caráter meramente inquisitório, isto é, deixa de possuir natureza de simples procedimento de investigação e passa a configurar um verdadeiro (embora simplificado) processo administrativo sancionatório, sujeito, portanto, à observância de contraditório e ampla defesa.

No que tange à necessidade de assistência por advogado em sindicância e em processo administrativo disciplinar, o STJ possuía entendimento sumulado (Súmula n. 343), no sentido de que seria obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar. Contudo, em sentido contrário, o STF sedimentou, em sede de súmula vinculante, o entendimento de que a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.

Assim, é assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, nos termos do art. 156, caput, da Lei n. 8.112/90. Não é obrigatório, porém, o acompanhamento do processo por advogado.

No caso em tela, a comissão deveria ter oportunizado ao servidor o exercício do contraditório e da ampla defesa, visto que resultou na aplicação de penalidade, em consonância com o art. 5º, LV, da CRFB. No entanto, a falta de assistência por advogado não teria o condão de anular o procedimento de sindicância, nos termos da jurisprudência consolidada do STF.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

Súmula Vinculante nº 5 - *A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.*

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SINDICÂNCIA. PENA DE ADVERTÊNCIA RELACIONADA. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. NÃO-OBSERVÂNCIA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO EVIDENCIADO. 1. Conquanto totalmente desnecessária, na espécie, a instauração de processo disciplinar para a apuração da infração imputada, tendo em vista a pena cominada (advertência), o processo de sindicância, desde que utilizado como meio único para a apuração e aplicação de penalidades disciplinares, deve, obrigatoriamente, observar os princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. 2. Não se pode conceber, em pleno Estado Democrático de Direito, como suficiente para ensejar a imposição de qualquer penalidade (mesmo a mais branda) – em face das garantias constitucionais, a simples oitiva do servidor [...]. (STJ, RMS 14310 PB , rel. min. Laurita Vaz, julgamento em 17-8-2006, Quinta Turma, DJE de 25-9-2006)

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO. SINDICÂNCIA. FASE INQUISITORIAL. PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NÃO-OBSERVÂNCIA. AUSÊNCIA DE ADVOGADO OU DE DEFENSOR DATIVO NA FASE INSTRUTÓRIA. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO. IRREGULARIDADE NA PRESTAÇÃO DE CONTAS. AUXÍLIO-TRANSPORTE. LESÃO INSIGNIFICANTE DO ERÁRIO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. PRECEDENTE. SEGURANÇA CONCEDIDA PARCIALMENTE. 1. Na sindicância, não se exige observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa quando, configurando mera fase inquisitorial, precede ao processo adminis-

trativo disciplinar [..]. (STJ, MS 10825 , rel. min. Arnaldo Esteves Lima, julgamento em 24-5-2006, Terceira Seção, DJE de 12-6-2006).

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GABARITO DA BANCA EXAMINADORA:

- Gabarito: 1- Apresentação e estrutura textual (legibilidade, respeito às margens e indicação de parágrafos). 2- Desenvolvimento do tema. 2.1 – Caráter acusatório da sindicância da qual resulta a aplicação de penalidade: obrigatoriamente de repercussão dos princípios da ampla defesa e do contraditório. 2.2- Dispensabilidade de advogado em defesa de acusado em processo administrativo disciplinar.

DPE/TO - 2012 - CESPE

João, servidor público estadual, foi surpreendido por José, seu superior hierárquico, furtando um notebook da secretaria estadual onde trabalhava. Na semana seguinte, José, utilizou meio sumário de apuração de falta funcional denominado "verdade sabida", para aplicar a João a pena de remoção ex officio para outro órgão público, além da suspensão do servidor por trinta dias. Inconformado, João, que não possuía suficiência de recursos, procurou a defensoria pública, pretendendo questionar o ato administrativo. Considerando a situação descrita, atenda o que se pede a seguir: 1- Explique porque o procedimento adotado por José não é juridicamente válido, indicando os vícios que podem ser identificados no ato administrativo adotado. 2- Identifique a ação cabível para impugnar as sanções RELACIONADAs e, dado o regramento do ato administrativo, o tipo de controle possível e o conteúdo do provimento judicial.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

A verdade sabida é a hipótese em que a autoridade toma conhecimento pessoal da infração (como a insubordinação do servidor), ou quando a infração é de conhecimento público. Atualmente, segundo a unanimidade dos doutrinadores, o instituto da verdade sabida é inconstitucional por violar a obrigatoriedade de realização do processo administrativo para aplicação de qualquer punição disciplinar (art. 5º, LIV e LV, da CRFB).

Ainda que o superior hierárquico tenha testemunhado o cometimento de um ilícito pelo seu subordinado, deveria ter instaurado regular procedimento administrativo, oportunizando o exercício do contraditório e da ampla defesa, razão pela qual o procedimento em tela não é juridicamente válido.

Ademais, cabe frisar que a aplicação da pena de remoção ex officio não encontra amparo no ordenamento jurídico. Com efeito, é o legislador que define a finalidade que o

ato deve alcançar, não havendo liberdade de opção para a autoridade administrativa. Se a lei permite a remoção ex officio do funcionário para atender a necessidade do serviço público, no interesse da administração (art. 36, parágrafo único, I, da Lei n. 8.112/90), não pode ser utilizada para finalidade diversa, como a de punição, sob pena de caracterização de abuso de poder, na forma de desvio de poder, visto que o ato foi praticado com finalidade diversa da prevista em lei.

Da mesma forma, a aplicação da pena de suspensão não se coaduna com o disposto no art. 130 do supracitado diploma, segundo o qual esta será RELACIONADA em caso de reincidência das faltas punidas com advertência e de violação das demais proibições que não tipifiquem infração sujeita a penalidade de demissão, não podendo exceder de noventa dias. Assim, diante da situação narrada, a pena aplicável seria a de demissão, por se enquadrar em ato de improbidade administrativa (art. 132, IV, da Lei nº 8.112/90).

Verificada a ilegalidade do procedimento adotado, cabível, na hipótese, a impetração de mandado de segurança pelo servidor público, no intuito de defender direito líquido e certo que não demanda dilação probatória, segundo as disposições da Lei n. 12.016/09.

Nesse caso, caberá ao Poder Judiciário o exercício de controle de legalidade do procedimento, incluído o controle de razoabilidade e proporcionalidade, desde que verificada afronta ao ordenamento jurídico. Vale registrar, a esse respeito, a jurisprudência do STJ, nos termos da qual é possível ao Judiciário analisar a motivação do ato que impõe pena disciplinar ao servidor, com o desiderato de averiguar se existem provas suficientes da prática da infração ou mesmo se ocorre flagrante ofensa ao princípio da proporcionalidade.

No entanto, vale consignar que o tema não é pacífico no âmbito do STJ. De um lado, há quem entenda que é vedado ao Poder Judiciário adentrar no mérito do julgamento administrativo, cabendo-lhe, apenas, apreciar a regularidade do procedimento, à luz dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Nesse caso, o controle se restringe exclusivamente à análise da regularidade formal do procedimento. De outro modo, há julgados do próprio STJ no sentido de ser possível anular judicialmente penalidade imposta em desatenção ao acervo probatório dos autos e com desatenção à proporcionalidade na sanção, sem prejudicar eventual aplicação de diversa penalidade administrativa.

Em que pese a controvérsia, admitido o controle judicial de proporcionalidade da penalidade imposta ao servidor, o provimento jurisdicional será no sentido de anular o procedimento administrativo e, consequentemente, as sanções RELACIONADAs ao servidor, impondo-se a instauração do devido processo administrativo, nos termos do art. 5º, LV, da CRFB.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO DE PARCIALIDADE DA COMISSÃO PROCESSANTE E DEPERSEGUIÇÃO À SERVIDORA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. NÃO CABIMENTO. DEMISSÃO POR ADVOCACIA ADMINISTRATIVA. OFENSA AOPRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E AO DISPOSTO NO ART. 128 DA LEI Nº 8.112/90. [...] 3. É admitido o exame, pelo Poder Judiciário, da motivação do ato de aplicação de pena disciplinar a servidor público a fim de se averiguar a existência de

provas suficientes da prática da infração prevista na lei, bem como de ocorrência de ofensa flagrante ao princípio da proporcionalidade. Precedentes. [...] (STJ, MS 14993 DF. rel. min. Maria Thereza de Assis Moura, julgamento em 8-6-2011, Terceira Seção, DJE de 16-6-2011).

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. DEMISSÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INTERVENÇÃO PARA LIBERAR VEÍCULO APREENDIDO. CONTRADIÇÃO DA DENÚNCIA. INÉPCIA DA INICIAL. PROPORCIONALIDADE DA SANÇÃO. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. [...] 5. A jurisprudência do STJ é assente ao afirmar que a revisão da penalidade à luz da proporcionalidade e da documentação dos autos importa reexame do mérito administrativo, inviável no Mandado de Segurança [...]. (STJ, MS 17479 DF, rel min. Herman Benjamin, julgamento em 28-11-2012, Primeira Seção, DJE de 5-6-2013).

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PROCESSO ADMINISTRATIVODISCIPLINAR. MINISTRO DE ESTADO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. PRELIMINARESDESACOLHIDAS. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRIDOPROCESSAMENTO REGULAR. AUSÊNCIA DE PROPORCIONALIDADE NA SANÇÃO.OCORRÊNCIA. ANULAÇÃO DA PORTARIA DEMISSIONAL. [...] 7. É possível anular judicialmente o ato demissional que ocorre em desatenção ao acervo probatório dos autos e com desatenção à proporcionalidade na sanção, sem prejudicar eventual aplicação de diversa penalidade administrativa [...]. (STJ, MS 15810 DF, rel min. Humberto Martins, julgamento em 29-2-2012, Primeira Seção, DJE de 30-3-2013).

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GABARITO DA BANCA EXAMINADORA:

- Gabarito: 1. Apresentação e estrutura textual (legibilidade, respeito às margens e indicação de parágrafos). 2 - Desenvolvimento do tema. 2.1 - Explicação da não validade do procedimento adotado por José/Indicação dos vícios adotados. 2.2 - Ação judicial cabível. 2.3 - Tipo de controle e conteúdo do provimento judicial.

DPDF - 2013 - CESPE

Posicione-se a respeito da possibilidade de abertura de processo administrativo disciplinar [valor: 1,40 ponto] e de aplicação de demissão [valor: 1,40 ponto] em face de servidor público em estágio probatório, e esclareça, com base no entendimento do STJ, se é possível a utilização, em processo administrativo disciplinar, de prova emprestada produzida em processo criminal [valor: 2,00 pontos].

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

Estágio probatório é o período dentro do qual o servidor é aferido quanto aos requisitos necessários para o desempenho do cargo, relativos ao interesse no serviço, adequação, disciplina, assiduidade e outros do mesmo gênero. Embora o servidor em estágio

probatório não tenha estabilidade, sua exclusão do serviço público, no caso de restar comprovado que não reúne as condições mínimas para a permanência, não pode processar-se sem o mínimo requisito formal.

O STF possui entendimento sumulado no sentido de que funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado e nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade (Súmula 21). Como se vê, a jurisprudência do STF exige que seja dada a possibilidade de o servidor em estágio probatório exercer o contraditório e ampla defesa, em consonância com o disposto no art. 5º, LV, da CRFB. Quanto à necessidade de abertura de processo administrativo disciplinar, o STJ vem entendendo desnecessária sua instauração para exoneração de servidor em estágio probatório, mostrando-se suficiente a abertura de sindicância, desde que assegurados os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Conciliando o posicionamento dos Tribunais Superiores, chega-se à conclusão de que é prescindível a abertura de PAD para a exoneração de servidor em estágio probatório, desde que haja procedimento instaurado em que sejam assegurados os princípios da ampla defesa e do contraditório.

No que tange à possibilidade de desligamento de servidor em estágio probatório, o art. 34, parágrafo. único, I, da Lei n. 8.112/90 prevê a possibilidade de exoneração do servidor quando não satisfeitas as condições do estágio probatório. Isso não impede, todavia, que, constatada a prática de falta grave ocorrida ainda no curso do estágio probatório e apurada com observância de todas as formalidades legais, a administração possa se valer do direito de demitir o servidor faltoso.

Acerca da utilização de prova emprestada produzida em processo criminal, a jurisprudência do STJ consolidou-se no sentido de que é admitida sua utilização no processo administrativo, desde que autorizada pelo juízo criminal e respeitados o contraditório e a ampla defesa.

Ademais, essa medida é permitida independentemente do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, tendo em vista a independência entre as instâncias. Assim, mostra-se plenamente viável a utilização de provas validamente produzidas em processos criminais, vale dizer, com observância do contraditório no juízo de origem, em processos administrativos disciplinares, o que prestigia a celeridade e a eficiência processuais.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

SÚMULA 21 do STF - *Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade.*

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDORPÚBLICO ESTADUAL. ESTÁGIO PROBATÓRIO. EXONERAÇÃO. SINDICÂNCIA.INSTAURAÇÃO. POSSIBILIDADE. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA.OBSERVÂNCIA. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. VIOLAÇÃO. NÃOOCORRÊNCIA. REEXAME DO MÉRITO ADMINISTRATIVO. PODER JUDICIÁRIO. NÃO CABIMENTO. 1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido da prescindibilidade da instauração de processo administrativo disciplinar para exoneração de servidor em estágio probatório, mostrando suficiente a abertura de

sindicância, desde que assegurados os princípios da ampla defesa e do contraditório,como ocorreu na espécie. (STJ, RMS 22567 MT, rel. min. OG Fernandes, julgamento em 28-4-2011, Sexta Turma, DJE de 11-5-2011).

Servidor estadual em estágio probatório: exoneração não precedida de procedimento específico, com observância do direito à ampla defesa e ao contraditório, como impõe a Súmula 21/STF: nulidade.(...) Reconhecida a nulidade da exoneração deve o servidor retornar à situação em que se encontrava antes do ato questionado, inclusive no que se refere ao tempo faltante para a complementação e avaliação regular do estágio probatório, fazendo jus ao pagamento da remuneração como se houvesse continuado no exercício do cargo; ressalva de entendimento pessoal do relator manifestado no julgamento do RE 247.349." (STF, RE 222.532, rel. min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 8-8-2000, Primeira Turma, DJ de 1º-9-2000.)

MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO ORDINARIO. FUNCIONARIO PÚBLICO. FALTA COMETIDA NO PERIODO DE ESTÁGIO PROBATORIO. DEMISSÃO. POSSIBILIDADE. - SO MEDIANTE SENTENÇA JUDICIÁRIA OU PROCESSO ADMINISTRATIVO, ASSEGURADA AMPLA DEFESA, PODE O FUNCIONARIO ESTÁVEL SER DEMITIDO. - CONSTATADA, ENTRETANTO, A PRATICA DE FALTA GRAVE OCORRIDA AINDA NO CURSO DO PRIMEIRO BIENIO DE EXERCICIO E APURADA COM OBSERVANCIA DE TODAS AS FORMALIDADES LEGAIS, NÃO SE RECUSA A ADMINISTRAÇÃO O DIREITO DE DEMITIR O SERVIDOR FALTOSO. (STJ, RMS 547 RJ, rel. min. Helio Mosimann, julgamento em 5-8-1992, Segunda Turma, DJ de 31-8-1992).

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. CONCESSÃO INDEVIDA DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS. PENA DE DEMISSÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. PROVA EMPRESTADA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. OFENSA. NÃO OCORRÊNCIA. SEGURANÇA DENEGADA. 3. "É firme o entendimento desta Corte que, respeitado o contraditório e a ampla defesa, é admitida a utilização no processo administrativo de 'prova emprestada' devidamente autorizada na esfera criminal. Precedentes [...]. (STJ, MS 17.472/DF, rel. min. Arnaldo Esteves Lima, julgamento em 13-6-2012, Primeira Seção, DJE de 22-6-2012).

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. POLICIAL CIVIL ESTADUAL. DELITOADMINISTRATIVO TAMBÉM APURADO COMO CRIME DE CONCUSSÃO. ALEGAÇÕES DENULIDADE DO PROCESSO DISCIPLINAR. PROVAS EMPRESTADAS. CABIMENTO. EXCESSO DE PRAZO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE DANOS. PENALIDADE DEDEMISSÃO. INCIDÊNCIA DA NORMA APLICÁVEL COM RELAÇÃO AOS FATOSAPURADOS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE E DARAZOABILIDADE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. (STJ, RMS 33628 PE, rel. min. Humberto Martins, julgamento em 2-4-2013, Segunda Turma, DJE de 12-4-2013).

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GABARITO DA BANCA EXAMINADORA:

- Gabarito: 1- Apresentação e estrutura textual (legibilidade, respeito às margens e indicação de parágrafos) - 0,00 a 0,20 - 2 Desenvolvimento do tema - 2.1 Processo administrativo disciplinar em estágio probatória - 0,00 a 1,40 - 2.2 Penalidade de demissão em estágio probatório - 0,00 a 1,40 - 2.3 Utilização de prova emprestada produzida em processo criminal - 0,00 a 2,00

RESPONSABILIDADE CIVIL

DPE/RN - 2015 - CESPE

Maurício foi encontrado morto no interior da cela do estabelecimento prisional estadual onde cumpria pena privativa de liberdade. A investigação policial concluiu que ele havia cometido suicídio. Familiares de Maurício, inconformados com a perda do ente, procuraram a Defensoria Pública para orientação sobre a possibilidade de que o Estado fosse responsabilizado pelo ocorrido. Considerando a situação hipotética apresentada, discorra sobre a responsabilidade civil do Estado. Em seu texto devem constar 1- o fundamento constitucional da responsabilização civil do Estado; [valor: 0,40 ponto] 2- a distinção entre a responsabilidade civil do Estado por atos comissivos e a responsabilidade civil do Estado por atos omissivos; [valor: 0,60 ponto] 3- a natureza jurídica da responsabilidade civil do Estado no caso apresentado; [valor: 0,80 ponto] 4- o entendimento jurisprudencial do STF a respeito dessa matéria. [valor: 0,60 ponto]

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

Conforme a regra constitucional relativa à responsabilidade civil do Estado, inscrita no art. 37,§ 6.º, da CRFB, a atuação estatal que cause dano ao particular resulta, para o ente público, no dever de indenizar, independentemente da existência de falta do serviço ou culpa administrativa. Essa é a consagração do princípio do risco administrativo, segundo o qual o Estado, como sujeito jurídica, política e economicamente mais poderoso nas relações jurídicas, deve arcar com o risco natural decorrente das numerosas atividades que exerce.

Verificada relação de causalidade entre a atuação estatal e o dano causado, deve o Estado responder objetivamente pelos prejuízos sofridos, salvo em hipóteses de culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior. Por outro lado, convém salientar, com base na doutrina mais abalizada, que a responsabilidade objetiva decorrente do risco administrativo se aplica, em regra, aos atos comissivos do Estado, não devendo ser invocada em relação a atos omissivos. No que se refere a estes, a responsabilidade será subjetiva, por aplicação da teoria da falta do serviço (culpa administrativa).

Depreende-se que a responsabilidade civil do Estado, no caso de atos omissivos, somente se configurará quando estiverem presentes elementos que caracterizam o descumprimento do dever legal atribuído ao poder público. Há de ser feita distinção entre as omissões genéricas do poder público e as omissões específicas. Em relação a estas, o Estado tem o dever de evitar o dano e assume o risco da sua ocorrência, do que decorre a responsabilidade objetiva (teoria do risco administrativo). É o caso, por exemplo, da responsabilidade nas relações de custódia.

Em razão dos riscos inerentes ao meio em que os indivíduos foram inseridos pelo próprio Estado, no caso de custódia, e, sobretudo, em razão de seu dever de zelar pela integri-

dade física e moral desses indivíduos (art. 5.º, XLIX, da CF), o Estado deve responder objetivamente pelos danos causados a sua integridade física e moral. Por conta desta especial relação de supremacia entre o Estado e o indivíduo, é dever estatal garantir a incolumidade física dos indivíduos custodiados, seja contra atos de terceiro, seja contra ato do próprio indivíduo, a exemplo do suicídio referido na questão.

Portanto, deve o Estado responder objetivamente pela morte de Maurício, ocorrida no interior do estabelecimento prisional estadual. Registre-se, por fim, que este é o entendimento jurisprudencial já sedimentado no âmbito do STF.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

1. Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Administrativo. 3. Responsabilidade civil do Estado. Indenização por danos morais. Morte de preso em estabelecimento prisional. Suicídio. 4. Acórdão recorrido em consonância com a jurisprudência desta Corte. Incidência da Súmula 279. Precedentes. 5. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 700927 AgR, Relator(a): min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 28/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-182 DIVULG 14-09-2012 PUBLIC 17-09-2012)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO. ARTIGOS 5º, XLIX, E 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto paras as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral. 2. A omissão do Estado reclama nexo de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso. 3. É dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena se dê de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do detento, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal). 4. O dever constitucional de proteção ao detento somente se considera violado quando possível a atuação estatal no sentido de garantir os seus direitos fundamentais, pressuposto inafastável para a configuração da responsabilidade civil objetiva estatal, na forma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. 5. Ad impossibilia nemo tenetur, por isso que nos casos em que não é possível ao Estado agir para evitar a morte do detento (que ocorreria mesmo que o preso estivesse em liberdade), rompe-se o nexo de causalidade, afastando-se a responsabilidade do Poder Público, sob pena de adotar-se contra legem e a opinio doctorum a teoria do risco integral, ao arrepio do texto constitucional. 6. A morte do detento pode ocorrer por várias causas, como, v. g., homicídio, suicídio, acidente ou morte natural, sendo que nem sempre será possível ao Estado evitá-la, por mais que adote as precauções exigíveis. 7. A responsabilidade civil estatal resta conjurada nas hipóteses em que o Poder Público comprova causa impeditiva da sua atuação protetiva do detento, rompendo o nexo de causalidade da sua omissão com o resultado danoso. 8. Repercussão geral constitucional que assenta a tese de que: em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento. 9. In casu, o tribunal a quo assentou que inocorreu a comprovação do suicídio

do detento, nem outra causa capaz de romper o nexo de causalidade da sua omissão com o óbito ocorrido, restando escorreita a decisão impositiva de responsabilidade civil estatal. 10. Recurso extraordinário DESPROVIDO. RE 841526/RS - Relator(a): Min. LUIZ FUX - Julgamento: 30/03/2016 - DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016)

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIREITO AMBIENTAL

PRINCÍPIOS DO DIREITO AMBIENTAL

DPE/AC - 2012 - CESPE

Estabelece a Constituição Federal no caput do art. 225: Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações." No inciso I do artigo 3.º da Lei n.º 6.938/1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, meio ambiente é definido como o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Com base nos dispositivos acima transcritos, disserte sobre os princípios da precaução e do poluidor-pagador, estabelecendo a diferença entre eles.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

Os princípios são espécie de normas jurídicas que fundamentam o sistema jurídico, com maior carga de abstração, generalidade e indeterminação que as regras, não regulando situações fáticas diretamente, carecendo de intermediação para a aplicação concreta. Não se aplicam, assim, segundo a lógica do "tudo ou nada", que é aplicável às regras.

O Direito Ambiental, da mesma forma que os diversos ramos autônomos do Direito, contempla uma série de princípios próprios, previstos tanto na Constituição Federal (precipuamente no art. 225), quanto na legislação infraconstitucional (a exemplo da Lei n. 11.428/06 - que regula o Bioma Mata Atlântica e Lei n. 12.187/09 - que aprovou a Política Nacional sobre Mudança do Clima). Vale frisar, nesse ponto, que a doutrina ambientalista não é uniforme na identificação dos princípios específicos de Direito Ambiental, bem como sobre o conteúdo jurídico de muitos deles.

Não obstante a falta de padronização doutrinária, o entendimento prevalecente é no sentido de que o princípio da precaução, de origem alemã, não tem previsão literal na CRFB, mas foi implicitamente consagrado no seu artigo 225, orientação perfilhada pelo STF. Encontra-se, ainda, expresso na Declaração do Rio (ECO/1992), no princípio n. 15, estabelecendo que, quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para precaver a degradação ambiental.

É com base no princípio da precaução que parte da doutrina sustenta a possibilidade de inversão do ônus da prova nas demandas ambientais, carreando ao réu (suposto poluidor) a obrigação de provar que a sua atividade não é perigosa e nem poluidora, em que pese inexistir regra expressa nesse sentido, ao contrário do que acontece no Direito do Consumidor. Inclusive, esta tese foi recepcionada pelo STJ.

Ademais, é possível identificar outros instrumentos internacionais que mencionam o princípio em comento, tais como a Convenção da Diversidade Biológica e a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima, ambas ratificadas pelo Congresso Nacional em 1994. Na legislação infraconstitucional, o princípio da precaução foi observado na Lei de Biossegurança (Lei n. 11.105/05), bem como no art. 54, §3º da Lei n. 9.605/98, que tipifica o crime de poluição, dispondo que "incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível".

Nesse ponto, cabe diferenciar os princípios da precaução e da prevenção. Em que pese a existência de corrente minoritária no sentido de que ambos são sinônimos ou guardam uma relação de gênero-espécie, a doutrina dominante defende que a função precípua da prevenção é afastar os riscos ou impactos já conhecidos pela ciência. Desta feita, o princípio da prevenção apóia-se na certeza científica do impacto ambiental, ao contrário do princípio da precaução, fundada na ausência de convicção científica.

No que tange ao princípio do poluidor-pagador ou predador-pagador, compreende-se que o poluidor deverá responder pelos custos sociais da degradação causada por sua atividade impactante (as chamadas externalidades negativas), devendo-se agregar esse valor no custo produtivo da atividade, para evitar que se privatizem os lucros e se socializem os prejuízos. Logo, com a aplicação deste princípio, procura-se corrigir o custo adicionado à sociedade, impondo-se a sua internalização.

No Brasil, o referido princípio está inserido na Constituição Federal (art. 225, §2º e §3º), bem como na Política Nacional de Meio Ambiente (art. 4º, VII e art. 14, §1º, da Lei nº 6.938/81), tendo inspirado a edição de diversos dispositivos esparsos na legislação ambiental, que impõem a obrigação de reparar o dano ambiental àquele que desempenhar atividade potencialmente poluidora.

Outrossim, encontra-se previsto no princípio n. 16 da Declaração do Rio (ECO/1992), que tratou da matéria, estabelecendo que as autoridade nacionais devem procurar fomentar a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, levando em conta o critério de que quem contamina deve, em princípio, arcar com os custos da contaminação, tendo devidamente em conta o interesse público e sem distorcer o comércio e nem as invenções internacionais.

Pelo exposto, é possível visualizar uma estreita aproximação entre os princípios da precaução e do poluidor-pagador. Com efeito, este não se reduz à finalidade somente de compensar o dano ao meio ambiente, devendo englobar também os custos necessários para a precaução e prevenção dos danos, de forma que não constitua simplesmente num instrumento que autorize a poluição.

Não obstante, ambos os princípios possuem características notadamente distintas. Deveras, o princípio da precaução funda-se na máxima do in dubio pro natura, caracterizando-se pela ação antecipada diante de um risco desconhecido, servindo de fundamento, conforme mencionado, até mesmo à inversão do ônus da prova em processos judiciais. Seu conteúdo apóia-se na ética do cuidado, com base numa verdadeira teoria do risco, impondo-se a redução da extensão, da frequência ou da incerteza do dano. Por sua vez, o princípio do poluidor-pagador perpassa pela noção de equidade, na medida em que seria injusto admitir que o empreendedor-poluidor privatizasse o bônus decorrente de sua atividade e socializasse o ônus proveniente do impacto ambiental gerado, daí se falar em internalização de externalidades ambientais.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

PEDIDO DE SUSPENSÃO. MEIO AMBIENTE. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. Em matéria de meio ambiente vigora o princípio da precaução. Esse princípio deve ser observado pela Administração Pública, e também pelos empreendedores. A segurança dos investimentos constitui, também e principalmente, responsabilidade de quem os faz. À luz desse pressuposto, surpreende na espécie a circunstância de que empreendimento de tamanho vulto tenha sido iniciado, e continuado, sem que seus responsáveis tenham se munido da cautela de consultar o órgão federal incumbido de preservar o meio ambiente a respeito de sua viabilidade. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg na SLS 1564/MA, rel. min. Ari Pargendler, julgamento em 16-5-2012, Corte Especial, DJ de 6-6-2012.)

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DANO AMBIENTAL – ADIANTAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS PELO PARQUET – MATÉRIA PREJUDICADA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – ART. 6º, VIII, DA LEI 8.078/1990 C/C O ART. 21 DA LEI 7.347/1985 – PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. [...] 3. Justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do emprendimento, a partir da interpretação do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985, conjugado ao Princípio Ambiental da Precaução. (STJ, REsp 972902 RS 2007/0175882-0, rel. min. Eliana Calmon, julgamento em 25-8-2009, Segunda Turma, DJ de 14-9-2009.)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE POR DANO CAUSADO AO MEIO AMBIENTE. ZONA COSTEIRA. LEI 7.661/1988. CONSTRUÇÃO DE HOTEL EM ÁREA DE PROMONTÓRIO. NULIDADE DE AUTORIZAÇÃO OU LICENÇA URBANÍSTICO-AMBIENTAL. OBRA POTENCIALMENTE CAUSADORA DE SIGNIFICATIVA DEGRADAÇÃO DO MEIO AMBIENTE. ESTUDO PRÉVIO DE IMPACTO AMBIENTAL - EPIA E RELATÓRIO DE IMPACTO AMBIENTAL - RIMA. COMPETÊNCIA PARA O LICENCIAMENTO URBANÍSTICO-AMBIENTAL. PRINCÍPIO DO POLUIDOR-PAGADOR (ART. 4°, VII, PRIMEIRA PARTE, DA LEI 6.938/1981). RESPONSABILIDADE OBJETIVA (ART. 14, § 1°, DA LEI 6.938/1981). PRINCÍPIO

DA MELHORIA DA QUALIDADE AMBIENTAL (ART. 2°, CAPUT, DA LEI 6.938/1981). [...] 11. Pacífica a jurisprudência do STJ de que, nos termos do art. 14, § 1°, da Lei 6.938/1981, o degradador, em decorrência do princípio do poluidor-pagador, previsto no art. 4°, VII (primeira parte), do mesmo estatuto, é obrigado, independentemente da existência de culpa, a reparar - por óbvio que às suas expensas - todos os danos que cause ao meio ambiente e a terceiros afetados por sua atividade, sendo prescindível perquirir acerca do elemento subjetivo, o que, consequentemente, torna irrelevante eventual boa ou má-fé para fins de acertamento da natureza, conteúdo e extensão dos deveres de restauração do status quo ante ecológico e de indenização. (STJ, REsp 769753/SC, rel. min. Herman Benjamin, julgamento em 8-9-2009, Segunda Turma, DJ de 10-6-2011.)

GABARITO DA BANCA EXAMINADORA:

- Gabarito: 1- Apresentação e estrutura textual (legibilidade, respeito as margens e indicação de parágrafos)2- Desenvolvimento do tema 2.1 - Principio da precaução 2.2- Princípio do poluidor--pagador 2.3- Diferença entre as princípios.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. Direito Ambiental Esquematizado. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 21. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

DIREITO CIVIL

CONTRATOS

DPE/ES - 2012 - CESPE

Explique em que consiste o adimplemento substancial (inadimplemento mínimo) contratual e indique os seus reflexos para a resolução do contrato em caso de o devedor estar em mora, abordando os princípios aplicáveis.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

No âmbito do direito civil contratual e obrigacional, a figura do inadimplemento consiste no descumprimento de uma obrigação, no todo ou em parte, pelo credor ou pelo devedor.

O inadimplemento da obrigação poderá ser absoluto ou relativo (mora). Se a obrigação não foi cumprida no tempo, lugar e forma convencionados e não mais poderá sê-la, há o inadimplemento absoluto propriamente dito. Ressalte-se que não é pelo prisma da possibilidade do cumprimento da obrigação que se distingue mora de inadimplemento, mas sim sob o aspecto da utilidade para o credor, de acordo com o critério a ser aferido em cada caso. Se existe ainda utilidade para o credor, existe possibilidade de ser cumprida a obrigação,

podendo ser elididos os efeitos da mora (purga da mora). Não havendo essa possibilidade, restará ao credor recorrer ao pedido de indenização por perdas e danos.

A mora, portanto, é o atraso, o retardamento ou a imperfeita satisfação obrigacional. Constitui o retardamento ou mau cumprimento culposo da obrigação, quando se trata de mora do devedor. Na mora solvendi, a culpa é essencial. Já a mora do credor, accipiendi, é simples fato ou ato que independe de culpa.

O conceito de mora pode ser também retirado da leitura do art. 394 do CC, isto é, considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não o quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer. Observa-se, portanto, que a mora não é somente temporal, embora seja essa a sua mais comum manifestação.

Seja absoluto ou relativo, o inadimplemento obrigacional gera uma verdadeira crise no contrato estabelecido entre as partes, que o Direito procura resolver da melhor maneira possível.

Nesse sentido, preconiza o art. 475 do CC que a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos. Ou seja, permite o ordenamento brasileiro que a parte que não tenha dado causa ao descumprimento peça o desfazimento judicial do contrato.

Não obstante tal previsão, é imperioso lembrar que, conforme a doutrina mais abalizada, são vetores normativos do Código Civil, ao lado da operabilidade, a eticidade e a socialidade. Nesse contexto, ganham destaque, respectivamente, os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, previstos expressamente nos arts. 421 e 422 do CC, os quais devem orientar toda a disciplina contratual.

Diante desse cenário, exsurge a denominada "teoria do adimplemento substancial" (ou inadimplemento mínimo). Sua origem encontra-se no Direito Inglês, por volta do século XVIII, tendo lá recebido o nome de"substancial performance". Segundo essa teoria, nas hipóteses em que a obrigação tiver sido cumprida quase em sua totalidade, aproximando-se do resultado final, não caberá a extinção do contrato, mas apenas outros efeitos jurídicos, visando sempre a manutenção da avença. Trata-se, portanto, de teoria que restringe a aplicação do supracitado art. 475, tendo sido encampada pela jurisprudência brasileira, presente em diversos precedentes do STJ.

Para o emprego dessa teoria, é necessário que seja demonstrado o cumprimento substancial da obrigação, de modo que o inadimplemento atinja apenas pequena parte do conteúdo obrigacional, não afetando a utilidade da prestação objeto da avença. Atendidos tais requisitos, afasta-se a possibilidade de resolução do contrato, cabendo ao lesado exigir o cumprimento da parte inadimplida, pleitear indenização pelos prejuízos que tenha sofrido, dar um novo prazo, de modo a adotar soluções que não impliquem, apenas e tão somente, no final da avença.

No que concerne aos fundamentos para a aplicação da teoria do adimplemento substancial, a doutrina e a jurisprudência do STJ apontam, conforme já mencionado, o princípio da função social do contrato (art. 421 do CC), diante da conservação do negócio

jurídico, e o princípio da boa-fé objetiva (art. 422 do CC), especialmente tendo em vista a sua função limitadora.

Como se sabe, a doutrina costuma atribuir tríplice função à boa-fé objetiva: funções interpretativa, integrativa e limitadora/restritiva. Esta última função relaciona-se diretamente à figura do abuso de direito (art. 187 do CC), prestando-se a vedar o exercício de direitos contratuais que se mostrem abusivos, por violarem a eticidade. No caso do adimplemento substancial, segundo entendimento consolidado pelo STJ, exigir a resolução do contrato quando o inadimplemento seja mínimo configura conduta abusiva e desproporcional da parte, em ofensa ao princípio da boa-fé e da função social.

Nesse sentido, o entendimento predominante é no sentido de que o adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475.

Pelo exposto, vê-se que a teoria do adimplemento substancial traz uma nova maneira de visualizar o contrato, mais justa e efetiva, conforme vem reconhecendo a jurisprudência brasileira.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. TRANSTORNOS RESULTANTES DA BUSCA E APREENSÃO DE AUTOMÓVEL. FINANCIAMENTO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. INADIMPLEMENTO PARCIAL. AUSÊNCIA DE QUITAÇÃO DE APENAS UMA DAS PARCELAS CONTRATADAS. INAPLICABILIDADE, NO CASO, DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL DO CONTRATO. BUSCA E APREENSÃO. AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO DECRETO-LEI Nº 911/1969. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. DEVER DE INDENIZAR. INEXISTÊNCIA. PEDIDO DE DESISTÊNCIA RECURSAL. INDEFERIMENTO. TERMO FINAL PARA APRESENTAÇÃO. INÍCIO DA SESSÃO DE JULGAMENTO. (...)5. O fato de ter sido ajuizada a ação de busca e apreensão pelo inadimplemento de apenas 1 (uma) das 24 (vinte e quatro) parcelas avençadas pelos contratantes não é capaz de, por si só, tornar ilícita a conduta do credor fiduciário, pois não há na legislação de regência nenhuma restrição à utilização da referida medida judicial em hipóteses de inadimplemento meramente parcial da obrigação. 6. Segundo a teoria do adimplemento substancial, que atualmente tem sua aplicação admitida doutrinária e jurisprudencialmente, não se deve acolher a pretensão do credor de extinguir o negócio em razão de inadimplemento que se refira a parcela de menos importância do conjunto de obrigações assumidas e já adimplidas pelo devedor. 7. A aplicação do referido instituto, porém, não tem o condão de fazer desaparecer a dívida não paga, pelo que permanece possibilitado o credor fiduciário de perseguir seu crédito remanescente (ainda que considerado de menor importância quando comparado à totalidade da obrigação contratual pelo devedor assumida) pelos meios em direito admitidos, dentre os quais se encontra a própria ação de busca e apreensão de que trata o Decreto-Lei nº 911/1969, que não se confunde com a ação de rescisão contratual - esta, sim, potencialmente indevida em virtude do adimplemento substancial da obrigação. 8. Recurso especial provido para, restabelecendo a sentença de primeiro grau, julgar improcedente o pedido indenizatório autoral. (STJ, RESP 201101144378RESP - RECURSO ESPECIAL – 1255179, Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Terceira Turma, julgado em 25/08/2015, DJe18/11/2015)

RECURSO ESPECIAL. LEASING. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. CARRETAS. (...). Aplicação da teoria do adimplemento substancial da exceção de inadimplemento contratual. Ação de reintegração de posse de 135 carretas, objeto de contrato de 'leasing', após o pagamento de 30 das 36 parcelas ajustadas. Processo extinto pelo juízo de primeiro grau, sendo provida a apelação pelo Tribunal de Justiça, julgando procedente a demanda. Interposição de embargos declaratórios, que foram rejeitados, com um voto vencido que mantinha a sentença, com determinação de imediato cumprimento do julgado. (...). Correta a decisão do tribunal de origem, com aplicação da teoria do adimplemento substancial. Doutrina e jurisprudência acerca do tema. O reexame de matéria fática e contratual esbarra nos óbices das súmulas 05 e 07/STJ. Recurso especial desprovido. (STJ, REsp1.200.105/AM, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, j. 19/06/2012, DJe 27/06/2012)

DIREITO CIVIL. CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL PARA AQUISIÇÃO DE VEÍCULO (LEASING). PAGAMENTO DE TRINTA E UMA DAS TRINTA E SEIS PARCELAS DEVIDAS. RESOLUÇÃO DO CONTRATO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. DESCABIMENTO. MEDIDAS DESPROPORCIONAIS DIANTE DO DÉBITO REMANESCENTE. APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. 1. É pela lente das cláusulas gerais previstas no Código Civil de 2002, sobretudo a da boa-fé objetiva e da função social, que deve ser lido o art. 475, segundo o qual "[a] parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos". 2. Nessa linha de entendimento, a teoria do substancial adimplemento visa a impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, preterindo desfazimentos desnecessários em prol da preservação da avença, com vistas à realização dos princípios da boa-fé e da função social do contrato. 3. No caso em apreço, é de se aplicar a da teoria do adimplemento substancial dos contratos, porquanto o réu pagou: "31 das 36 prestações contratadas, 86% da obrigação total (contraprestação e VRG parcelado) e mais R$ 10.500,44 de valor residual garantido". O mencionado descumprimento contratual é inapto a ensejar a reintegração de posse pretendida e, consequentemente, a resolução do contrato de arrendamento mercantil, medidas desproporcionais diante do substancial adimplemento da avença. 4. Não se está a afirmar que a dívida não paga desaparece, o que seria um convite a toda sorte de fraudes. Apenas se afirma que o meio de realização do crédito por que optou a instituição financeira não se mostra consentâneo com a extensão do inadimplemento e, de resto, com os ventos do Código Civil de 2002. Pode, certamente, o credor valer-se de meios menos gravosos e proporcionalmente mais adequados à persecução do crédito remanescente, como, por exemplo, a execução do título. 5. Recurso especial não conhecido. (REsp 1051270/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 04/08/2011, DJe 05/09/2011)

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Busca e apreensão. Falta da última prestação. Adimplemento substancial. O cumprimento do contrato de financiamento, com a falta apenas da última prestação, não autoriza o credor a lançar mão da ação de busca e apreensão, em lugar da cobrança da parcela faltante. O adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para a extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, que não é o caso. Na espécie, ainda houve a consignação judicial do valor da última parcela. Não atende à exigência da boa-fé objetiva a atitude do credor que desconhece esses fatos e promove a busca e apreensão, com pedido liminar de reintegração de posse. Recurso não conhecido. (Processo - REsp272739 / MG - RE-

CURSO ESPECIAL - 2000/0082405-4 –Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR (1102) - Órgão Julgador - T4 - QUARTA TURMA - Data do Julgamento - 01/03/2001)

GABARITO DA BANCA EXAMINADORA:

- Gabarito: 1. Faculdade do credor de resolver o contrato (art. 475 do CC), mora (art. 394 do CC), interesse do credor. 2. Adimplemento substancial, descumprimento de pequena parte, utilidade da prestação, afastamento da resolução. 3. Inadimplemento sob a ótica da boa-fé objetiva e da função social do contrato (art. 421 e 422 do CC).

DPE/AL - 2009 - CESPE

Raul e Julia entabularam contrato de compra e venda de um imóvel. Ajustaram que o valor do bem seria dividido em quatro parcelas fixas, a primeira de R$ 15.000,00 e as três seguintes de R$ 3.000,00 cada uma. Com o pagamento da primeira e maior das parcelas, ocorreu a transferência da posse do bem e o registro da escritura de compra e venda, cabendo a Julia o pagamento das demais parcelas e a Raul pagamento de alguns débitos pendentes com a companhia de fornecimento de energia elétrica, isso ate que vencesse a terceira parcela prevista no contrato. Ocorre que, com o vencimento da terceira parcela, Raul não cumpriu sua obrigação de comprovar o pagamento dos débitos com a companhia de energia, o que levou JÚLIA a ajuizar ação ordinária, com o fim de ver decretada a rescisão do contrato, seguida da devolução integral das parcelas pagas, mais correções, tomando por base a regra segundo a qual cabe ao lesado pelo inadimplemento pedir a resolução do contrato. Ciente do ajuizamento da ação, Raul providenciou o pagamento dos débitos que somaram cerca de R$ 800,00, fato que não demoveu Julia de seu intento de por fim ao contrato. Considerando a situação hipotética apresentada acima, cite o que ampara o pedido de Julia de resolução do contrato e apresente o argumento de defesa possível referente a sua manutenção.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

A extinção do contrato decorrente de fatos posteriores à sua celebração, em que uma das partes tenha sofrido prejuízo, recebe o nome de rescisão contratual, que pode embasar eventual ação ordinária de mesmo nome.

A doutrina moderna aduz que rescisão contratual é gênero, das quais são espécies a resolução e a resilição. No primeiro caso, temos a típica hipótese de extinção do contrato em virtude de descumprimento de seu objeto, ao passo que a segunda espécie consiste na dissolução por vontade bilateral ou unilateral, quando admissível por lei, de forma expressa ou implícita, pelo reconhecimento de um direito potestativo.

A hipótese narrada no enunciado trata da resolução contratual, tendo em vista a pretensão de Júlia de extinguir o pacto firmado em virtude do inadimplemento da parte contrária. Deve a autora fundamentar seu pedido com base no art. 475 do Código Civil, segundo o qual a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos. Dessa forma, vê-se que a resolução do contrato consiste numa faculdade da parte, sempre que não optar pelo cumprimento do ajuste.

Não obstante tal previsão, é imperioso lembrar que, conforme a doutrina mais abalizada, são vetores normativos do Código Civil, ao lado da operabilidade, a eticidade e a socialidade. Nesse contexto, ganham destaque, respectivamente, os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, previstos expressamente nos arts. 421 e 422 do CC, os quais devem orientar toda a disciplina contratual.

Diante desse cenário, Raul poderá invocar em sua defesa a denominada "teoria do adimplemento substancial" (ou inadimplemento mínimo), cuja origem encontra-se no Direito Inglês, tendo lá recebido o nome de "substancial performance". Segundo essa teoria, nas hipóteses em que a obrigação tiver sido cumprida quase em sua totalidade, aproximando-se do resultado final, não caberá a extinção do contrato, mas apenas outros efeitos jurídicos, visando sempre a manutenção da avença. Trata-se, portanto, de teoria que restringe a aplicação do supracitado art. 475, tendo sido encampada pela jurisprudência brasileira, presente em diversos precedentes do STJ.

Para o emprego dessa teoria, é necessário que seja demonstrado o cumprimento relevante, substancial, da obrigação, de modo que o inadimplemento atinja apenas pequena parte do conteúdo obrigacional, não afetando a utilidade da prestação objeto da avença. Atendidos tais requisitos, afasta-se a possibilidade de resolução do contrato, cabendo ao lesado apenas exigir o cumprimento da parte inadimplida ou pleitear indenização pelos prejuízos que tenha sofrido.

No que concerne aos fundamentos para a aplicação da teoria do adimplemento substancial, a doutrina e a jurisprudência do STJ apontam, conforme já mencionado, o princípio da função social do contrato (art. 421 do CC), diante da conservação do negócio jurídico, e o princípio da boa-fé objetiva (art. 422 do CC), especialmente tendo em vista a sua função limitadora.

Nesse sentido, o adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475 do CC.

Dessa forma, conclui-se que o caso em tela amolda-se ao âmbito de incidência da teoria do adimplemento substancial, visto que o contrato havia sido cumprido quase que inteiramente, além do fato de o valor do débito pendente ser consideravelmente inferior ao montante pactuado, o que caracterizaria o exercício abusivo do direito de resolução contratual pela parte autora.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, v.3: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie.** *10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.*

DIREITOS DE FAMÍLIA

DPE/AC - 2012 - CESPE

Em 1988, Antônio iniciou relacionamento afetivo com Elza, que, à época, namorava Alex. Para contrair matrimônio com Antônio, em 1989, Elza terminou o namoro com Alex.

Nesse mesmo ano, nasceu Rômulo, que foi voluntariamente registrado por Antônio como seu filho. Ambos sempre tiveram uma relação com intenso vínculo paterno-filial, entretanto Antônio duvidava de sua paternidade biológica, dada a inexistência de semelhança física entre ele e Rômulo. Tempos depois, o casal se separou e, então, Antônio decidiu investigar a paternidade biológica de Rômulo, pedindo-lhe que se submetesse a exame de DNA. Realizado o teste de paternidade, com grau de certeza de 99,99%, descobriu-se que o perfil genético de Rômulo não era compatível com o de Antônio. De posse do resultado, Antônio ajuizou ação negatória de paternidade contra Rômulo em 2011, objetivando a anulação do registro civil, com a consequente retirada de seu nome da certidão de nascimento do réu. Ajuizou, ainda, ação de exoneração de alimentos, afirmando que Rômulo já alcançara a maioridade, o que cessaria a obrigação alimentar. Citado em ambas as contendas, Rômulo procurou a defensoria pública do estado, para contestar as ações. Com base na situação hipotética apresentada, redija um texto dissertativo devidamente fundamentado, em resposta aos seguintes questionamentos. 1- É possível a anulação do registro civil de Rômulo? 2- Existe prazo para a negativa de paternidade e para o requerimento de anulação de registro civil? 3- O pedido de exoneração de alimentos deve ser julgado procedente? 4 Pode Rômulo pleitear de Antônio indenização por danos morais pela anulação do registro civil?

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

Sinteticamente, a filiação pode ser conceituada como sendo a relação jurídica decorrente do parentesco por consanguinidade ou outra origem, estabelecida particularmente entre os ascendentes e descendentes de primeiro grau. Nos termos da artigo 1.603 do Código Civil, a filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil.

Ocorre que, hodiernamente, vem crescendo o número de situações em que uma das partes do vínculo de filiação pleiteia a anulação do registro de nascimento com base na descoberta de ausência de vínculo biológico. Isso se deve à difusão do exame de DNA, o qual confere grau de certeza muito próximo da realidade.

Diante desse cenário, dois conceitos vem entrando em conflito nas diversas ações de investigação de paternidade e de nulidade de registro civil: a paternidade biológica e a paternidade afetiva. A primeira relaciona-se ao vínculo sanguíneo entre pai e filho, ao passo que a segunda diz respeito à relação paternal estabelecida entre os sujeitos, dando origem à chamada "posse de estado de filho". Antecipa-se, desde logo, que a jurisprudência dos tribunais pátrios, principalmente o STF, segue a tendência de priorizar, na maioria dos casos, a paternidade afetiva, dando prevalência à situação fática já consolidada.

No que tange à possibilidade de anulação do registro civil de nascimento, o Código Civil aduz, em seu art. 1.604, que ninguém poderá vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro. A doutrina, analisando o dispositivo, entende que o registro de nascimento é ato irrevogável e irretratável, somente podendo ser desconstituído na presença de um vício de consentimento, ou, nos termos supracitados, provando-se erro ou falsidade.

No caso em tela, em que pese o resultado do exame genético ter apontado a ausência de vínculo biológico, conclui-se que esse fato, por si só, é insuficiente para a procedência da

ação negatória de paternidade, em virtude da configuração da já mencionada paternidade afetiva. Somente em casos bastante específicos o STJ vem entendo que, demonstrado o rompimento do vínculo afetivo, bem como o decurso de tempo significativo, deve a negatória de paternidade ser deferida, com fundamento na parte final do art. 1.604 do Código Civil, isto é, havendo indução a erro substancial.

Com relação ao prazo prescricional da negativa de paternidade, o Código Civil, em redação bastante criticada pela doutrina, aduz que tal ação é imprescritível (art. 1.601). O comando legal, ao prever a imprescritibilidade da ação negatória de paternidade, despreza a paternidade socioafetiva, privilegiando o vínculo biológico. Ora, como é cediço, além da verdade registral e da verdade biológica, também merece alento a verdade socioafetiva, nos casos contemporâneos envolvendo a filiação. A tese da parentalidade socioafetiva remonta à ideia de desbiologização da paternidade, tendo relação com a posse de estado de filhos. Vê-se, portanto, que o dispositivo não está em harmonia com a atual tendência dos tribunais pátrios de, em regra, privilegiar a paternidade afetiva, dando prevalência à situações já consolidadas, sem perder de vista o princípio do melhor interesse do menor.

Quanto à pretensão de anulação do registro de nascimento, o STJ possui precedente jurisprudencial no sentindo de que o prazo prescricional para contestar registro de paternidade é de quatro anos, a contar da data do registro da criança no basecartório. A decisão da Corte Especial afirmou que, com n nos artigos 147 e 178 do Código Civil, a falsidade ideológica do assento de nascimento torna-o anulável, e não nulo, e, portanto, a ação que visa desconstituir o aludido ato jurídico está sujeita a prazo decadencial de quatro anos. O prazo em questão deve ser respeitado a fim de evitar que os interesses patrimoniais se sobreponham aos interesses sociais e à própria segurança jurídica.

A respeito do pedido de exoneração de alimentos, a jurisprudência pátria, em especial a do STJ, possui entendimento pacífico no sentido de que o advento da maioridade não autoriza a exoneração automática da obrigação de prestar alimentos, fundada no dever de sustento, a qual terá continuidade com fundamento no dever de parentesco, se comprovada a necessidade pelo filho. Em outras palavras, o advento da maioridade não extingue instantaneamente o direito à percepção de alimentos, o qual passa a ser devido com fundamento na relação de parentesco, sendo necessária a demonstração, nesse caso, da prova de necessidade do alimentado.

Por fim, analisando a possibilidade de condenação do por danos morais no âmbito do direito de família, o STJ entende ser admissível aplicar o conceito de dano moral nas relações familiares, sendo descipienda qualquer discussão a esse respeito, pelos naturais diálogos entre livros diferentes do Código Civil. Desta feita, vislumbra-se plausível que, no caso em tela, Rômulo pleiteie de Antônio a reparação pelos danos morais sofridos em virtude da propositura infundada da ação negatória de paternidade, tendo em vista a violação aos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

AGRAVO REGIMENTAL. REGISTRO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE FILIAÇÃO CUMULADA COM NULIDADE DE REGISTRO CIVIL. PRAZO DECADENCIAL. 1. A falsidade

ideológica de registro de nascimento torna-o anulável, e não nulo, e, portanto, a ação que visa desconstituir o aludido ato jurídico sujeita-se a prazo decadencial de 4 (quatro) anos. 2. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no REspn. 844462 SP, rel. min. João Otávio de Noronha, julgamento em 20/05/2010, Quarta Turma, DJ de 27/05/2010).

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. MAIORIDADE. EXONERAÇÃO AUTOMÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. Com o advento da maioridade, é vedada a exoneração automática da obrigação de prestar alimentos fundada no dever de sustento, a qual terá continuidade com fundamento no dever de parentesco, se comprovada a necessidade pelo filho. Precedentes. - Na execução de sentença que condenou o pai a prestar alimentos ao filho, permanece incólume o título executivo judicial ainda que atingida a maioridade, porque comprovado no curso do processo que perdura a necessidade do alimentado. Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp 510247 SP, rel. min. Nancy Andrighi, julgamento em 19/05/2005, Terceira Turma, DJ de 08/08/2005).

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

TARTUCE, Flávio. Direito Civil, v.5: Direito de Família. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

GABARITO DA BANCA EXAMINADORA:

- Gabarito: 1 Apresentação e estrutura textual (legibilidade, respeitos margens e indicação de parágrafos). 2 - Desenvolvimento do terra 2.1 Irretratabilidade a irrevogabilidade do reconhecimento Hal / Possibilidade de anulação na presença de um vicio de consentimento / Insuficiência da prova de origem genética para a negatória de paternidade / Presença de paternidade socioafetiva 22 Imprescritibilidade da negação de paternidade - Critica a imprescritibilidade de pretensões que visem a impugnação do estado das pessoas / Prazo de quatro anos para a anulação do registro 2.3 Advento da maioridade não extingue, de forma automática o direito percepção de alimentos, deixando estes de ser devidos em face do poder familiar e passando a ter fundamento nas relações de parentesco, em que se exige a prova de necessidade do alimentado 2.4 Possibilidade de indenização par danos morais em razão de dano afetivo pela propositura de infundada negatória de paternidade.

DIREITOS REAIS

DPE/RN - 2015 - CESPE

Redija um texto dissertativo acerca do direito de sobrelevação abordando os seguintes aspectos: 1- conceito; [valor: 0,60 ponto] 2- posicionamentos da doutrina acerca da adoção do instituto pelo ordenamento jurídico brasileiro; [valor: 0,60 ponto] 3- distinção entre direito de sobrelevação e direito de superfície por cisão; [valor: 0,60 ponto] 4- impacto social e econômico do instituto. [valor: 0,60 ponto]

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

Em termos conceituais, o direito de sobrelevação, conhecido também como direito de laje, prática muito comum nas comunidades carentes brasileiras, é a possibilidade de o

titular da propriedade superficiária construir ou conceder a um terceiro que construa sobre a sua propriedade superficiária.

Há uma tripartição de propriedades autônomas: a propriedade do solo, de titularidade do concedente; a propriedade da superfície, pertencente ao superficiário; e a propriedade da sobrelevação, que ingressaria no patrimônio do segundo concessionário

Existe forte divergência doutrinária sobre a adoção do instituto pelo ordenamento jurídico brasileiro. Uma primeira corrente entende que o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno, na forma estabelecida no contrato, admite o direito de sobrelevação. Nesse contexto, a norma estabelecida no Código Civil (art. 1.369, parágrafo único) e no Estatuto da Cidade (art. 21, §1º) deve ser interpretada de modo a conferir máxima eficácia ao direito de superfície, que constitui importante instrumento de aproveitamento da propriedade imobiliária.

Se não há autorização expressa, também não se verifica restrição literal no Código Civil, colhendo-se silêncio do art. 1.369. No que se refere ao Estatuto da Cidade, o art. 21, §1º, parece autorizar a sobrelevação quando arrola o espaço aéreo como possível objeto do direito de superfície.

Por outro lado, existe corrente doutrinária que defende a impossibilidade de aplicação do instituto por ausência de previsão legal. Assim, ao contrário da legislação de outros países, a brasileira não cuidou do direito de sobrelevação. Podem alguns argumentar que a previsão é inferida do Estatuto da Cidade, que franqueia o direito de superfície ao espaço aéreo da propriedade. Contudo, tal ilação é incompatível com a sistemática dos registros públicos, de modo que o legislador teria de alterar a Lei de Registros Públicos para permitir que a superfície fosse fracionada sucessivamente.

No que tange à distinção entre direito de sobrelevação e direito de superfície por cisão, o direito de superfície por cisão está presente quando o proprietário aliena por superfície construção já existente no terreno. O superficiário poderá introduzir benfeitorias na construção já existente (superfície por cisão qualificada) ou não introduzir tais benfeitorias (superfície por cisão ordinária).

Embora essa situação tenha alguma semelhança com a sobrelevação, com esta não se confunde, pois, na superfície por cisão, as benfeitorias estarão sendo feitas na construção que o superficiário terá direito de manter (ou seja, terá direito de fruição e disposição), o que não ocorre na sobrelevação. Na realidade, em se tratando de sobrelevação, a construção já existente não será alvo de melhoramento ou de destaque para exercício em benefício próprio do superficiário, servindo apenas de base para nova construção, que será independente da primeira. Impacto social e econômico do instituto

O instituto permite incrementar a função social da posse em várias favelas e aglomerados populares pela via de sua regularização através do registro imobiliário. Em razão do pluralismo jurídico que surge nas favelas, criou-se uma prática social plenamente aceita e regrada por essas comunidades, denominada direito de laje. Para essas comunidades, o direito de laje refere-se ao poder de disposição que o proprietário da construção exerce sobre o espaço aéreo imediatamente superior à sua construção e que, pela cultura popular desenvolvida nas favelas, lhe pertence por direito.

A laje, para o costume social praticado na favela, tem um importante papel nas atividades sociais e de lazer dos seus moradores. Uma vez que, normalmente, nas construções não existem áreas do solo destinadas ao lazer dos moradores, pois cada espaço do solo é aproveitado, a laje acaba desempenhando o papel de extensão da construção, no que se refere às áreas de lazer, e se torna palco das reuniões sociais com as famílias e com os amigos nos finais de semana, do cultivo de plantas e dos mais diversos interesses dos moradores, sendo facultado a estes que vendam o direito sobre a laje, para que outra pessoa nela edifique sua moradia. Da relação proprietária da construção com a sua superfície no sentido horizontal, decorre a apropriação do direito de laje resultante das relações com a família, pois, com o surgimento de um novo grupo familiar, o pai ou a mãe cede o direito de laje, para que o filho, ou filha, edifique nela sua moradia.

Analisando a questão das construções que possuem os moradores das favelas, em relação ao direito oficial, verifica-se que o seu direito sobre elas é um direito informal de superfície, pois o solo, na maioria das situações, pertence ao poder público ou a outro particular que, muitas vezes, desconhecem. O que realmente importa é a construção e, portanto, o direito que eles possuem resume-se à construção. Assim compreendido, o direito de laje seria o direito sobre um outro direito (oficial ou não), sobre a superfície do solo que pode ser vendido, permutado, doado, enfim, objeto de todos os atos de disposição.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

LIMA, Frederico Henrique Viegas. O direito de superfície como instrumento de planificação urbana. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald. Curso de direito civil: Reais. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 536.

Ricardo Pereira Lira. O novo código civil, estatuto da cidade, direito de superfície. In: Seminário EMERJ – Debate: O Novo Código Civil. Anais dos seminários EMERJ – Debate: O Novo Código Civil. Número especial, parte II, 2004, p. 151.

DPE/PE - 2014 - CESPE

Um cidadão hipossuficiente procurou a defensoria pública para postular em juízo o seu direito de usucapião de determinado imóvel que ocupa há quinze anos, sem interrupção, nem oposição independentemente de título e boa-fé. O defensor requisitou informações sobre o imóvel ao cartório de registro de imóveis, a partir das quais constatou a existência de uma hipoteca judicial, que foi gravada sobre esse bem muito antes do inicio da posse ad usucapionem. Na ocasião, o defensor decidiu ingressar em juízo para postular a usucapião em prol do assistido. Com relação a essa situação hipotética, com base em aspectos legais e jurisprudenciais a ela relacionados, responda, de forma justificada aos questionamentos seguintes: - a usucapião configura forma de aquisição da propriedade?; - qual a natureza da sentença que reconhece a usucapião e quais seus efeitos?; - na situação considerada, a usucapião prevalece sobre a hipoteca judicial que gravou o referido imóvel muito antes da posse ad usucapionem?

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

A usucapião configura forma de aquisição originária da propriedade. Isso porque a propriedade é adquirida sem vínculos com o dono anterior, de modo que o novo proprietário (o usucapiente) sempre adquire a propriedade plena, sem nenhuma restrição ou ônus.

A palavra é feminina porque, etimologicamente, vem da aglutinação das formas em latim "usus" e "capere", que, juntos, significam a aquisição pelo uso. Trata-se de uma forma de aquisição originária da propriedade que se dá pela posse prolongada e demais requisitos legais. Assim, a usucapião exige a convergência de um elemento objetivo, que é a posse prolongada, e um elemento subjetivo, que compreende a vontade de ser dono (ou o animus domini).

O caso em tela cuida da hipótese do art. 1.238 do Código Civil, que aduz que aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Percebe-se que o dispositivo supracitado elenca os requisitos para a evidenciação da usucapião: posse prolongada (15 anos), ininterrupta, mansa e pacífica e o animus domini (possuir o imóvel como seu).

Ademais, o mesmo dispositivo fala que cabe ao juiz "declarar por sentença", pois o juiz não constitui a propriedade para o autor. Por meio da sentença, o juiz apenas reconhece/ declara que a pessoa adquiriu aquela propriedade. E, com ela, o autor fará o registro no cartório de imóveis. Porém, a aquisição se dá pelo tempo, e não pelo registro, sendo este importante para dar publicidade e para permitir que o autor depois possa fazer uma hipoteca, servidão, superfície, vender o bem a terceiros, etc.

Desse modo, é possível dizer que a sentença proferida na ação de usucapião é de natureza declaratória. Restringe-se a reconhecer situação de fato preexistente, com oponibilidade erga omnes e efeitos ex tunc.

E o efeito retroativo da sentença ocorre desde a consumação da prescrição aquisitiva. O registro da sentença de usucapião no cartório extrajudicial não é essencial para a consolidação da propriedade imobiliária, porquanto, ao contrário do que ocorre com as aquisições derivadas de imóveis, o ato registral, em tais casos, não possui caráter constitutivo. Assim, a sentença oriunda do processo de usucapião é tão somente título para registro, e não título constitutivo do direito do usucapiente, buscando este, com a demanda, atribuir segurança jurídica e efeitos de coisa julgada com a declaração formal de sua condição.

Por fim, no caso em tela, já decidiu o STJ que a decisão que reconhece a aquisição da propriedade de bem imóvel por usucapião prevalece sobre a hipoteca judicial que anteriormente tenha gravado o referido bem. Isso porque, com a declaração de aquisição de domínio por usucapião, deve desaparecer o gravame real constituído sobre o imóvel, antes ou depois do início da posse ad usucapionem, seja porque a sentença apenas declara a usucapião com efeitos ex tunc, seja porque a usucapião é forma originária de aquisição de propriedade, não decorrente da antiga e não guardando com ela relação de continuidade.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

A decisão que reconhece a aquisição da propriedade de bem imóvel por usucapião prevalece sobre a hipoteca judicial que anteriormente tenha gravado o referido bem. Isso porque, com a declaração de aquisição de domínio por usucapião, deve desaparecer o gravame real constituído sobre o imóvel, antes ou depois do início da posse ad usucapionem, seja porque a sentença apenas declara a usucapião com efeitos ex tunc, seja porque a usucapião é forma originária de aquisição de propriedade, não decorrente da antiga e não guardando com ela relação de continuidade. Precedentes citados: AgRg no Ag 1.319.516-MG, Terceira Turma, DJe 13/10/2010; e REsp 941.464-SC, Quarta Turma, DJe 29/6/2012. REsp 620.610-DF, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 3/9/2013.

PESSOA JURÍDICA

DPDF - 2013 - CESPE

Carlos e Fernanda ajuizaram ação em face da Beta Construtora e Incorporadora Imobiliária requerendo a resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel firmado com a ré, bem como a restituição do sinal e das parcelas pagas e compensação por danos morais, diante da paralisação e do abandono das obras pela construtora. Requereram os autores, ainda, a desconsideração da personalidade jurídica da empresa ré, que não possuía recursos para indenizá-los, a fim de alcançar o patrimônio dos seus dois sócios-gerentes. Considerando que os atos dos sócios não foram praticados com excesso de poder ou infração à lei, discorra acerca da possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica na situação hipotética apresentada [valor: 3,00 pontos], apontando, ainda, se deve ser deferido o pedido de reparação por danos morais pleiteado [valor: 1,80 ponto]. Justifique a sua resposta.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

Como é sabido, a principal característica das pessoas jurídicas é a sua atuação com personalidade própria, diversa da dos indivíduos que a compõem. Logo, em regra, a pessoa jurídica responde por seus atos com seu próprio patrimônio. Somente excepcionalmente admite-se o afastamento dessa personalidade para que se permita a responsabilização de seus integrantes. Trata-se da regra adotada pelo Código Civil.

Contudo, diferentemente do Código Civil, que, em seu artigo 50, abraça a teoria maior da desconsideração, adotou o CDC a teoria menor da disregard doctrine, ao dispor, no art. 28, §5º, que o juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Nessa esteira, a teoria adotada pelo Diploma Civilista foi a Teoria Maior da desconsideração, que, segundo a qual, não basta a insolvência da pessoa jurídica, para que se afaste a sua personalidade. Para tanto, devem ser configurados adicionalmente ou o elemento subjetivo (desvio de finalidade), ou o elemento objetivo (confusão patrimonial).

Por outro lado, adotada em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, a teoria menor da desconsideração incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.

Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica.

A aplicação da teoria menor da desconsideração da pessoa jurídica às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do art. 28, §5º, do CDC, haja vista não se subordinar à demonstração de requisitos ilícitos e/ou abusivos, mas apenas à prova de causar a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Por derradeiro, já decidiu o STJ que o mero inadimplemento contratual não dá causa à indenização por danos morais. Apenas excepcionalmente, quando comprovada verdadeira ofensa a direito de personalidade, será possível pleitear indenização a esse título.

Nesse sentido, entende-se que o pleito de indenização a título de dano moral não deve ser deferido, tendo em vista que não restou comprovada qualquer ofensa a direitos intangíveis, como de personalidade, honra, imagem.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE BENS DE PROPRIEDADE DA EMPRESA EXECUTADA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INVIABILIDADE. INCIDÊNCIA DO ART. 50 DO CC/02. APLICAÇÃO DA TEORIA MAIOR DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. - A mudança de endereço da empresa executada associada à inexistência de bens capazes de satisfazer o crédito pleiteado pelo exequente não constituem motivos suficientes para a desconsideração da sua personalidade jurídica. - A regra geral adotada no ordenamento jurídico brasileiro é aquela prevista no art. 50 do CC/02, que consagra a Teoria Maior da Desconsideração, tanto na sua vertente subjetiva quanto na objetiva; - Salvo em situações excepcionais previstas em leis especiais, somente é possível a desconsideração da personalidade jurídica quando verificado o desvio de finalidade (Teoria Maior Subjetiva da Desconsideração), caracterizado pelo ato intencional dos sócios de fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica, ou quando evidenciada a confusão patrimonial (Teoria Maior Objetiva da Desconsideração), demonstrada pela inexistência, no campo dos fatos, de separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e os de seus sócios. Recurso especial provido para afastar a desconsideração da personalidade jurídica da recorrente. ***RECURSO ESPECIAL Nº 970.635/SP.***

GABARITO DA BANCA EXAMINADORA:

1- Apresentação e estrutura textual (legibilidade, respeito às margens e indicação de parágrafos) - 0,00 a 0,20 - 2 Desenvolvimento do tema - 2.1 Relação de consumo. Possível a desconsi-

deração da personalidade jurídica. Art. 28, § 5.º, do CDC. Aplicação da teoria menor. Exigência apenas da insuficiência do patrimônio da pessoa jurídica para satisfação do crédito. - 0,00 a 3,00 - 2.2 Inadimplemento contratual. Não cabimento de dano moral. Não comprovada extraordinária angústia ou humilhação. - 0,00 a 1,80

RESPONSABILIDADE CIVIL

DPE/SE - 2006 - CESPE

Considere a hipótese de que volumoso e pesado objeto de metal tenha caído da janela do apartamento de propriedade de Pedro, localizado no 3.º andar de edifício residencial, em Aracaju – SE, sobre uma motocicleta, de propriedade de Carlos, que se encontrava estacionada em local próprio, danificando-a. Carlos desempenhava a atividade conhecida como moto-boy para a entrega de remédios e outros produtos. O apartamento encontrava-se alugado para Amélia. Carlos tentou, sem sucesso, o ressarcimento do prejuízo sofrido, razão pela qual procurou a defensoria pública local. Diante dessa situação hipotética, redija um texto dissertativo de forma fundamentada, abordando a legitimidade passiva para responder pelos prejuízos e especificando os danos pelos quais a vítima deverá ser ressarcida.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

O caso em epígrafe traz, como questão nuclear, a responsabilidade civil por fato da coisa, prevista no art. 938 do Código Civil, que aduz que aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido.

Essa modalidade de responsabilidade decorre do dano causado pelas coisas caídas ou lançadas de edifícios que atinjam lugares e pessoas indevidamente. Em espécie, trata-se de responsabilidade objetiva, ou seja, não carece da comprovação de dolo ou culpa por parte daquele que a alega, bastando, para sua configuração, a demonstração do dano e do nexo de causalidade. Provados estes, a obrigação indenizatória surge como normal consequência.

Depreende-se do dispositivo supra que a responsabilidade é daquele que habita o prédio, devendo, responder pelos danos o seu habitante, e não necessariamente o seu proprietário. Não obstante a clara redação do texto legal, é vasta a jurisprudência pátria no sentido de que a responsabilidade é daquele que, no momento da ocorrência do fato danoso, habitava o prédio, podendo atingir, assim, o mero possuidor (locador, comodatário, usufrutuário, etc.).

Nesse sentido, é responsável pelo dano provocado por coisas caídas aquele que habitar o prédio, o que significa dizer que também não necessariamente será o autor do fato danoso. Tratando-se, pois, de uma situação bastante singular e excepcional, uma vez que não exige qualquer liame entre a conduta do agente, o fato e o dano, mas tão somente a sua qualificação enquanto habitante.

Ademais, a lei contenta-se em responsabilizar qualquer um daqueles que habitar o prédio ou a unidade de onde caiu o objeto causador de prejuízo, na consideração de que apenas um ou todos podem ser responsabilizados, individual ou solidariamente.

Pelo exposto, compreende-se que, no caso em testilha, a responsabilidade recairá sobre Amélia, locatária do imóvel e, nessa qualidade, sua habitante.

No que concerne aos prejuízos e danos ressarcíveis, primeiro, há os danos emergentes, que correspondem aos prejuízos imediatos e mensuráveis. No caso em tela, o próprio conserto da motocicleta. Mas, para além disso, é possível responsabilizar a habitante pelos lucros cessantes, que compreendem os prejuízos em decorrência daquilo que razoavelmente se deixou de ganhar. Como a motocicleta era o transporte de trabalho, depreende-se que, dada a interrupção do labor em virtude do tempo para consertá-la, evidencia-se a ocorrência de lucros cessantes, que devem ser ressarcidos.

DPE-AL - 2009 - CESPE

Marília parou seu automóvel em vaga regular, próxima ao prédio residencial em que moram Carlos e sua família. No final do dia, ao retornar ao seu veiculo, viu que a tampa do motor do seu carro estava arranhada e amassada. Observando melhor, encontrou junto ao limpador de para-brisas um bilhete deixado por Carlos, no qual ele afirmava supor que um empregado seu ou um amigo, por descuido, tenha deixado cair, um vaso de plantas pela janela do apartamento aonde mora, o que veio a causar os danos no carro de Marilia. No mesmo bilhete, Carlos alegou não ter culpa pelo acidente, já que sempre recomenda cautela a seus empregados ao manusearem objetos próximos a janela. Por isso, informou também, no bilhete, o nome dos seus empregados, dos amigos que o visitaram naquele dia e o nome e o endereço do proprietário do apartamento, já que afirmou ser apenas o locatário do bem. Por fim, acrescentou que os reparos necessários provavelmente não passariam de R$ 500,00, pois recentemente gastou esse valor para sanar danos equivalentes em seu veiculo. Entre as pessoas citadas na situação hipotética acima, de quem Marília deve cobrar a reparação dos danos sofridos em decorrência da queda do objeto? Qual o tipo de responsabilidade envolvida? Justifique sua resposta.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

O caso em epígrafe aborda a responsabilidade civil pelo fato da coisa, que tem regramento legal no art. 938 do Código Civil, que aduz que aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido.

Como decorre da simples leitura do dispositivo legal, percebe-se que o responsável é o habitante do prédio (ou parte dele). Eis que isso significa dizer que o habitante não necessariamente será o proprietário. Assim, a responsabilidade civil por coisas caídas de prédio habitado recairá sobre o seu habitante, que poderá ser o mero possuidor, como o locatário.

Outrossim, frise-se que dizer o responsável pelo dano provocado por coisas caídas é aquele que habitar o prédio equivale, indiretamente, dizer que também não necessariamente será o autor do fato danoso. Tratando-se, pois, de uma situação bastante singular e excepcional, uma vez que não se exige qualquer liame entre a conduta do agente, o fato e o dano, mas tão somente a sua qualificação enquanto habitante. Portanto, afastada aqui a hipotética possibilidade de responsabilização dos "amigos visitantes" alegados por Carlos.

Ademais, a lei contenta-se em responsabilizar qualquer um daqueles que habitar o prédio ou a unidade de onde caiu o objeto causador de prejuízo, na consideração de que apenas um ou todos podem ser responsabilizados, individual ou solidariamente.

No mesmo contexto, a narrativa fática nos contemplou com a responsabilidade do empregador pelos seus empregados, cuja previsão legal se encontra no art. 932, III, que diz que são também responsáveis: o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele. Trata-se de hipótese de responsabilidade objetiva por ato de terceiro.

Assim sendo, irrelevante a alegação de Carlos de que não teria responsabilidade, já que o fato danoso poderia ter decorrido de ato de sua empregada. Ainda que assim o fosse, por força legal, deve ele responder objetivamente, sendo o responsável por ressarcir os eventuais prejuízos decorrentes, ainda que possa, mediante a prova de culpa ou dolo, ajuizar ação de regresso.

Pelo exposto, compreende-se que, no caso em testilha, deverá Marília cobrar a reparação dos danos sofridos em decorrência da queda do objeto a Carlos, locatário do imóvel e, nessa qualidade, seu habitante. E, como dito anteriormente, caso o autor prefira, admie-se a responsabilização solidária da família, podendo a demanda ser oferecida em face de todos os habitantes ou de qualquer um deles.

Em espécie, trata-se de responsabilidade objetiva indireta, isto é, não carece da comprovação de dolo ou culpa por parte daquele que a alega, bastando, para sua configuração, a demonstração do dano e do nexo de causalidade. Provados estes, a obrigação indenizatória surge como normal consequência.

DIREITO DO CONSUMIDOR

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

DPE/TO - 2012 - CESPE

Às 12h30 min de uma 2ª feira, Arnaldo, dirigindo seu automóvel zero quilometro, fabricado pela montadora HH e comprado da concessionária CG, seguia pela avenida principal de sua cidade, respeitando o limite de velocidade e demais regras de trânsito. Ao se aproximar de um movimentado cruzamento com semáforo, o freio do veículo falhou e este não parou antes do referido semáforo, tendo-se chocado com um automóvel que estava sendo estacionado por Beto em uma vaga de frente ao restaurante Comer Bem. Com o choque, o automóvel de Beto foi lançado para dentro do restaurante. No acidente, além de Arnaldo e Beto, ficaram feridos dois clientes que almoçavam no restaurante, Carlos e Daniel. Considerando essa situação hipotética, cite os tipos de consumidores reconhecidos no Código de Defesa do Consumidor (CDC) e responda os questionamentos, justificando as respostas: 1- Quem pode ser considerado consumidor, de acordo com o CDC ? De que tipo ? 2- Quem deve responder pelos danos sofridos pelos consumidores ? 3- Há alguma responsabilidade do restaurante em relação aos clientes feridos ?

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

O CDC apresenta quatro conceitos de consumidor. O primeiro, o chamado consumidor padrão (standard ou stricto sensu), encontra previsão no art. 2º, caput. Mais adiante, no parágrafo único do art. 2º, no art. 17 e no art. 29, o estatuto consumerista apresenta outros três conceitos - consumidores por equiparação.

O art. 2º, caput, do CDC, fixa os contornos do chamado consumidor padrão (standard), ao estatuir que consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Verifica-se que a lei enumera os elementos necessários para a caracterização do sujeito de direitos, denominado consumidor: pessoa física ou jurídica; aquisição de produtos ou serviços; e finalidade pretendida com a aquisição de produto ou serviço.

Os dois primeiros elementos não guardam maiores dificuldades para sua identificação. A grande indagação é quando que uma pessoa física ou jurídica, que adquire produtos ou serviços no mercado de consumo será, de fato, considerada destinatária final? Trata-se de verdadeiro conceito jurídico indeterminado, cabendo ao intérprete a tarefa de delimitar o sentido da expressão "destinatário final" contida no texto legal. Acerca da definição, surgiram várias teorias: maximalista e finalista.

Para os maximalistas, só se leva em consideração o destinatário fático do produto ou serviço adquirido no mercado de consumo, pouco importando a destinação econômica dada ao bem. Trata-se de uma visão puramente objetiva, já que é irrelevante se a aquisição se deu visando o lucro ou não; se o objetivo era profissional ou não. Para os finalistas, consumidor seria o não profissional, que adquire produto para uso próprio ou de sua família. Para estes, além de destinatário fático, há, de forma imprescindível, a necessidade de que o sujeito da relação seja destinatário econômico do bem. Trata-se de visão subjetiva.

No STJ vigora a teoria finalista mitigada (ou aprofundada), a qual, ao mesmo tempo em que consagra o conceito finalista, reconhece, por seu turno, a necessidade de mitigação do critério para atender situações em que a vulnerabilidade se encontra demonstrada no caso concreto, mesmo quando os produtos ou serviços são empregados para incremento de uma atividade profissional e econômica.

A primeira disposição acerca de consumidor equiparado vem tratada no parágrafo único do art. 2º que diz que equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo. No que tange à figura dos equiparados, o primeiro conceito, previsto no parágrafo único do art. 2º do CDC, almeja, em verdade, permitir que uma universalidade ou coletividade de pessoas, mesmo que formalmente não constitua uma pessoa jurídica, possa ser alcançada pela proteção do estatuto consumerista. Trata-se da defesa de direitos ou interesses coletivos e difusos dos consumidores através das chamadas ações coletivas.

A segunda figura foi prevista no art. 17, equiparando a consumidor todas as vítimas destes acidentes, ainda que tais sujeitos não tenham participado da relação jurídica de consumo original, ou seja, mesmo quando não haja formalizado qualquer contrato de consumo com o responsável pelos danos causados, ou mesmo praticado qualquer ato de consumo (usufruído do produto ou do serviço de alguma forma).

Por isso que a doutrina americana denomina tais sujeitos de consumidores "bystander", que, traduzido, significa espectador. Tais indivíduos, em razão da norma sob comento, podem pleitear, além da indenização devida, o uso a seu favor das regras protetivas do código, tais como a da inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII) e a do foro especial para distribuição de ação (art. 102, I).

O Código de Defesa do Consumidor, no art. 29, propõe o terceiro conceito de consumidor equiparado ao estabelecer que equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas à oferta, à publicidade, às práticas abusivas, às cobranças de dívidas, à inserção do consumidor e bancos de dados e cadastros de consumires, além da proteção contratual de um modo geral, aí englobado o tratamento às chamadas cláusulas abusivas e do contrato de adesão.

Aqui, o cerne do dispositivo está na exposição das pessoas (determináveis ou não) a tais práticas. Pela disposição da norma, verifica-se que basta o dano potencial, não exigindo a lei que haja dano real. Logo, aquele que ficou exposto, ainda que não tenha travado qualquer relação jurídica formal de consumo (assinado um contrato), ou até mesmo praticado um ato concreto de consumo (usufruiu de alguma forma do produto ou serviço), poderá ser alcançado pelas normas de proteção e defesa do consumidor. O referido dispositivo possibilita, assim, uma atuação preventiva.

Com isso, pode-se dizer que o motorista do veículo (Arnaldo) é consumidor standard ou padrão, já que firmou contrato e, com isso, faz jus a propor uma ação de responsabilidade civil pelo fato do produto em face do fabricante do automóvel defeituoso. Já o motorista do outro veículo que estava estacionando (Beto) e os clientes do restaurante (Carlos e Daniel) atingidos pela batida são vítimas de um acidente de consumo e, portanto, mesmo não tendo firmado contrato, são consumidores por equiparação, nos termos do art. 17 do CDC, podendo acionar o fabricante do automóvel para reparação dos danos sofridos.

Por fim aduza-se que o restaurante não tem qualquer responsabilidade sobre o evento, já que se trata de culpa exclusiva de terceiro e que a jurisprudência equipara a fortuito externo, ante sua imprevisibilidade e inevitabilidade. Ao revés, também se afigura como vítima do evento na forma do dispositivo supracitado, podendo igualmente pleitear, junto ao fabricante do veículo, indenização pelos danos sofridos no estabelecimento.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

DIREITO DO CONSUMIDOR. CONSUMO INTERMEDIÁRIO. VULNERABILIDADE. FINALISMO APROFUNDADO. Não ostenta a qualidade de consumidor a pessoa física ou jurídica que não é destinatária fática ou econômica do bem ou serviço, salvo se caracterizada a sua vulnerabilidade frente ao fornecedor. *A determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da teoria finalista, que, numa exegese restritiva do art. 2º do CDC, considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica. Dessa forma, fica excluído da proteção do CDC o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um*

novo bem ou serviço. Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pelo CDC, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo. **Todavia, a jurisprudência do STJ, tomando por base o conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29 do CDC, tem evoluído para uma aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, num processo que a doutrina vem denominando "finalismo aprofundado". Assim, tem se admitido que, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço possa ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade, que constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo, premissa expressamente fixada no art. 4º, I, do CDC, que legitima toda a proteção conferida ao consumidor. A doutrina tradicionalmente aponta a existência de três modalidades de vulnerabilidade: técnica (ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo), jurídica (falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo) e fática (situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor). Mais recentemente, tem se incluído também a vulnerabilidade informacional (dados insuficientes sobre o produto ou serviço capazes de influenciar no processo decisório de compra).** *Além disso, a casuística poderá apresentar novas formas de vulnerabilidade aptas a atrair a incidência do CDC à relação de consumo. Numa relação interempresarial, para além das hipóteses de vulnerabilidade já consagradas pela doutrina e pela jurisprudência, a relação de dependência de uma das partes frente à outra pode, conforme o caso, caracterizar uma vulnerabilidade legitimadora da aplicação do CDC, mitigando os rigores da teoria finalista e autorizando a equiparação da pessoa jurídica compradora à condição de consumidora. Precedentes citados: REsp 1.196.951-PI, DJe 9/4/2012, e REsp 1.027.165-ES, DJe 14/6/2011.* **REsp 1.195.642-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 13/11/2012.**

O art. 17 do CDC prevê a figura do consumidor por equiparação (bystander), sujeitando à proteção do CDC aqueles que, embora não tenham participado diretamente da relação de consumo, sejam vítimas de evento danoso decorrente dessa relação. 4. Em acidente de trânsito envolvendo fornecedor de serviço de transporte, o terceiro vitimado em decorrência dessa relação de consumo deve ser considerado consumidor por equiparação. *(...) (REsp 1125276/RJ, Rel.ª Min.ª NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/02/2012, DJe 07/03/2012)*

Direito processual civil e do consumidor. Recurso especial. Roubo de talonário de cheques durante transporte. Empresa terceirizada. Uso indevido dos cheques por terceiros posteriormente. Inscrição do correntista nos registros de proteção ao crédito. Responsabilidade do banco. Teoria do risco profissional. Excludentes da responsabilidade do fornecedor de serviços. art. 14, § 3º, do CDC. Ônus da prova. – ***Segundo a doutrina e a jurisprudência do STJ, o fato de terceiro só atua como excludente da responsabilidade quando tal fato for inevitável e imprevisível.*** *– O roubo do talonário de cheques durante o transporte por empresa contratada pelo banco não constituiu causa excludente da sua responsabilidade, pois trata-se de caso fortuito interno. – Se o banco envia talões de cheques para seus clientes, por intermédio de empresa terceirizada, deve assumir todos os riscos com tal atividade. – O ônus da prova das excludentes da responsabilidade do fornecedor de serviços, previstas no*

art. 14, § 3º, do CDC, é do fornecedor, por força do art. 12, § 3º, também do CDC. Recurso especial provido. (REsp 685662/RJ, Rel.ª Min.ª NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/11/2005, DJ 05/12/2005, p. 323)

GABARITO DA BANCA EXAMINADORA:

- Gabarito: 1- Apresentação e estrutura textual (legibilidade, respeito às margens e indicação de parágrafos). 2- Desenvolvimento do tema. 2.1 Consumidores / Tipos. 2.2 - Responsabilidade pelos danos sofridos. 2.3 - Posicionamento quanto à responsabilidade do restaurante em relação aos clientes feridos. 2.4 - Tipos de consumidores conforme CDC.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

BESSA, Leonardo Roscoe. A*plicação do Código de Defesa do Consumidor : análise crítica da relação de consumo*. **Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2007, p. 55-56.**

SCHWARTZ, Fabio. *Direito do Consumidor: Tópicos & Controvérsias*. **Niterói: Impetus, 2013, p. 24.**

DIREITO CONSTITUCIONAL

INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

DPDF - 2013 - CESPE

Por serem as normas constitucionais normas jurídicas, sua interpretação requer o entendimento de conceitos e elementos clássicos. Todavia, as normas constitucionais apresentam determinadas especificidades que as singularizam. Em razão disso, foram desenvolvidas ou sistematizadas categorias doutrinárias próprias, identificadas como princípios específicos ou princípios instrumentais de interpretação constitucional, que constituem premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas que devem anteceder, no processo intelectual do intérprete, a solução concreta da questão posta. Tais princípios, embora não expressos no texto da Constituição, são reconhecidos pacificamente pela doutrina e pela jurisprudência. Luís Roberto Barroso. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4.ª ed., 2013, p. 322 (com adaptações). Considerando que o fragmento de texto acima apresentado tem caráter meramente motivador, discorra sobre o significado dos seguintes princípios de interpretação constitucional: unidade da Constituição [valor: 1,20 ponto]; interpretação conforme a Constituição [valor: 1,20 ponto]; presunção de constitucionalidade [valor: 1,20 ponto]; efetividade [valor: 1,20 ponto].

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

Em relação ao princípio da unidade da Constituição, ele ganha relevo autônomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que o Direito Constitucional deve ser interpretado de forma a evitar contradições (antinomias ou antagonismos) entre as suas normas e, sobretudo, entre os princípios jurídicos-políticos constitucionalmente estruturantes.

Como ponto de orientação, guia de discussão e fator hermenêutico de decisão, o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade e procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar. Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados em um sistema interno unitário de normas e princípios.

No tocante à interpretação conforme à Constituição, é o princípio no qual o intérprete adota a interpretação mais favorável à CRFB, considerando-se seus princípios e jurisprudência, sem, contudo, afastar-se da finalidade da lei. Possui algumas dimensões que deverão ser observadas: a prevalência da CRFB, que é a essência deste método, já que enfatiza a supremacia da Lei Maior; a conservação da norma, visto que, ao adotar a interpretação que vai ao encontro da Constituição, propicia-se sua eficácia e evita-se que seja declarada inconstitucional e deixe de ser RELACIONADA.

Além disso, também há a exclusão da interpretação contra legem, o que impossibilita que a lei seja interpretada contrariamente ao seu texto literal com o intuito de considerá-la constitucional. Há espaço de interpretação que dita que este método só pode ser aplicado quando houver a possibilidade de opção, ou seja, deve existir mais de uma interpretação para então optar-se por aquela conforme a Constituição. Também ocorre rejeição ou não aplicação de normas inconstitucionais, em que sempre que o juiz analisar a lei utilizando todos os métodos existentes e verificar que ela é contrária à Constituição deverá declarar a sua inconstitucionalidade

Somado a isso, o intérprete não pode atuar como legislador positivo, ou seja, aquele que interpreta a lei não pode dar a ela uma aplicabilidade diversa daquela almejada pelo legislativo, pois, caso assim proceda, considerar-se-á criação de uma norma regra pelo intérprete e a atuação deste com poderes inerentes ao legislador, o que é proibido.

No que tange ao princípio da presunção de constitucionalidade, ele encerra uma presunção iuris tantum, que pode ser infirmada pela declaração em sentido contrário do órgão jurisdicional competente. Em sua dimensão prática, o princípio se traduz em duas regras de observância necessária pelo intérprete e aplicador do direito: (a) não sendo evidente a inconstitucionalidade, havendo dúvida ou a possibilidade de razoavelmente se considerar a norma como válida, deve o órgão competente abster-se da declaração de inconstitucionalidade; (b) havendo alguma interpretação possível que permita afirmar-se a compatibilidade da norma com a Constituição, em meio a outras que carreavam para ela um juízo de invalidade, deve o intérprete optar pela interpretação legitimadora, mantendo o preceito em vigor.

Por fim, acerca do princípio da efetividade (ou da máxima efetividade), ele consiste em atribuir na interpretação das normas oriundas da Constituição o sentido de maior eficácia, utilizando todas as suas potencialidades. Assim, a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas, é hoje invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Saraiva. Sª ed. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. Saraiva. 11ªed. 2016.

GABARITO DA BANCA EXAMINADORA:

- Gabarito: 1- Apresentação e estrutura textual (legibilidade, respeito às margens e indicação de parágrafos) - 0,00 a 0,20 - 2 Desenvolvimento do tema - 2.1 Princípio da unidade da Constituição - 0,00 a 1,20 - 2.2 Princípio da interpretação conforme a Constituição - 0,00 a 1,20 - 2.3 Princípio da presunção de constitucionalidade - 0,00 a 1,20 - 2.4 Princípio da efetividade - 0,00 a 1,20

PODER CONSTITUINTE

DPE/PE - 2014 - CESPE

Relacione o exercício do poder constituinte derivado à proteção constitucional dos direitos fundamentais e descreva, à luz da teoria da constituição e do direito constitucional positivo brasileiro, as abordagens doutrinarias a esse respeito.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

A noção de poder constituinte possui desdobramentos na teoria da Constituição, a começar pela própria ideia da supremacia do texto constitucional, base conceitual do controle de constitucionalidade.

Como a onipotência do constituinte originário não se transfere à autoridade pública que o constituiu, o poder constituinte derivado está sujeito a limitações cujo desrespeito dá ensejo a atuação da jurisdição constitucional. No campo da proteção dos direitos fundamentais, a problemática dos limites ao poder constituinte derivado adquire maior complexidade, pois o rol que enumera direitos e garantias individuais está revestido da condição de cláusula pétrea.

Devido ao fato de ser constitucionalmente vedada a proposição de emenda que elimine direitos e garantias individuais, há doutrinadores que defendem haver um limite material intransponível para a reforma, inserido pelo constituinte originário. Desse modo, somente por meio da ruptura com a ordem jurídica vigente seria viável prejudicar o núcleo essencial da proteção dos direitos fundamentais sem incorrer em inconstitucionalidade retificável pela jurisdição.

Contudo, também há na doutrina quem argumente que a especial rigidez das cláusulas pétreas do texto constitucional não demanda, necessariamente, uma completa renovação do ordenamento por outra constituinte, impondo-se, apenas, maior dificuldade para reformar validamente a Constituição ao exigir a duplicação do processo que visa emendá-la em detrimento da substância mínima definidora dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Saraiva. 5ª ed. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. Saraiva. 11ªed. 2016.

REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS

DPE/SE - 2012 - CESPE

Paulo, servente de pedreiro, foi citado em execução fiscal para pagar dívida tributária referente a parcelas do IPVA. Surpreso, já que sempre quitara seus tributos em dia, Paulo compareceu à Secretaria de Fazenda do estado, onde confirmou a inexistência de débito em seu nome. O referido servente, então legítimo interessado, protocolizou, atendidas as formalidades legais, pedido de certidão de regularidade fiscal, informação essa que não é coberta por sigilo – junto ao referido órgão fazendário com vistas a constituir prova para a defesa de seus direitos nos autos da execução fiscal em que fora citado. Entretanto, passados mais de vinte dias desde o protocolo de seu pedido, Paulo não obteve nenhum resposta da SEFAZ, tendo procurado, então, orientação junto a defensoria pública do estado. Até o presente momento, não houve a juntada do mandado de citação de Paulo nos autos da execução fiscal. Com base nessa situação hipotética, discorra sobre o direito fundamental de certidão e sobre os requisitos doutrinários e legais para sua obtenção, indicando o instrumento processual-constitucional que se revela o mais adequado para a tutela do direito de certidão de Paulo e explicitando se a mera inércia da Secretaria de Fazenda, sem negativa expressa ao pedido formulado, prejudica o ajuizamento da medida.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

Independentemente do pagamento de taxas, a Carta de 1988 assegurou, a qualquer pessoa, o direito líquido e certo de obter certidões para a defesa de direitos ou esclarecimentos de interesse pessoal (art. 5º, XXXIV, b). Trata-se de um direito fundamental de primeira geração, na medida em que protege os indivíduos contra eventuais arbitrariedades praticadas pelo Estado.

Regulando o mencionado dispositivo constitucional, o direito à obtenção de certidões foi regulado pela Lei n. 9.051/95, a qual dispõe sobre a expedição de certidões para a defesa de direitos e esclarecimentos de situações, possuindo aplicação nos três níveis da federação. Nesse contexto, estabelece o art. 1º que as certidões deverão ser expedidas no prazo improrrogável de até quinze dias, contados do registro do pedido no órgão expedidor. Por fim, o art. 2º aduz que os interessados devem fazer constar nos requerimentos os esclarecimentos relativos aos fins e razões do pedido.

A seu turno, a doutrina elenca três requisitos para o exercício do direito de petição. Em primeiro lugar, a existência de legítimo interesse, o que impede o manuseio desnecessário ou abusivo da máquina administrativa. Em segundo lugar, a ausência de sigilo, uma vez que o direito, em regra, não é absoluto. Nesse sentido, os tribunais superiores entendem que o

direito à intimidade constitui empecilho ao exercício absoluto do direito de certidão, o qual não se deve sobrepor à privacidade e à intimidade privada. Por fim, o último requisito é a existência da informação solicitada, isto é, a Administração Pública só poderá fornecer os dados que estiverem em seus registros. Não lhe é facultado "criar" documentos, em rigor, inexistentes, apenas para satisfazer as solicitações pleiteadas.

Registrado o pedido de certidão, e não atendido de forma ilegal ou por abuso de poder, o remédio cabível será o mandado de segurança. Isso porque se está diante do direito líquido e certo de obter certidões expedidas pelas repartições públicas,seja para a defesa de direitos, seja para esclarecimento de situações de interesse pessoal,próprio ou de terceiros. Com efeito, o art. 5º, LXIX, da Constituição Federal preconiza que se concederá mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus ou habeas data. De fato, o mandado de segurança é o remédio adequado à proteção do direito de certidão, não se confundindo com as hipóteses constitucionais de incidência do habeas data.

Registre-se, por derradeiro, que a ilegalidade restou consumada pelo simples desrespeito ao prazo legal. No caso em tela, a demora de mais de vinte dias, em descompasso com o período de quinze dias estipulado pela lei de regência, configura a violação ao direito líquido e certo à obtenção de certidões, sendo dispensada, dessa forma, a existência expressa da negativa pela autoridade competente. Assim, na situação proposta, o ajuizamento do mandado de segurança não resta prejudicado.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 8. ed.São Paulo: Saraiva, 2014.

GABARITO DA BANCA EXAMINADORA:

- Gabarito: 1- Apresentação e estrutura textual (legibilidade, respeito às margens e indicação de parágrafos). 2- Desenvolvimento do tema. 2.1 Direito fundamental à certidão. 2.2 Requisitos doutrinários e legais. 2.3 Indicação do instrumento processual-constitucional adequado. 2.4 Possibilidade de ajuizamento independentemente da existência de negativa expressa.

SEGURIDADE SOCIAL

DPE/RR - 2013 - CESPE

Emenda à Constituição de determinada unidade da Federação alterou o limite de idade para a aposentadoria compulsória dos servidores públicos desse estado-membro, prevendo a aposentadoria compulsória desses servidores aos setenta e cinco anos de idade, com proventos integrais após cinco anos de efetivo exercício no cargo, circunstância que ensejou o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade perante o STF. Nas informações prestadas na ação, a assembleia legislativa do referido estado destacou ter atuado no exercício de sua competência em matéria previdenciária. À luz da Constituição Federal e da jurisprudência do STF, responda, de forma justificada, aos seguintes questionamentos, relativos à situação hipotética acima apresentada. 1- Houve ofensa às normas gerais em matéria previdenciária ? 2- Quais são os limites à competência concorrente do estado membro ? 3- A norma padece de vício de inconstitucionalidade ?

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

Conforme o entendimento prevalente no STF, ocorreu ofensa às normas gerais em matéria previdenciária. O art. 40, §1º, II, da CRFB não deixa qualquer margem para a atuação inovadora do legislador constituinte estadual, pois a disposição constitucional é norma central categórica, de observância compulsória por parte dos Estados-membros e municípios.

Ademais, muito embora o art. 24, XII, da CRFB disponha que é competência concorrente da União e dos Estados legislar sobre previdência social, o parágrafo primeiro do mesmo artigo aduz que no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. Assim, como estipulou-se, na parte topográfica da Constituição referente à Administração Pública, que o limite de idade, à época da questão, era de 70 anos de idade, com base no princípio da simetria, essa norma é de reprodução obrigatória, haja vista não tratar de especificidades locais.

Somente o legislador constituinte derivado federal pode dispor sobre a matéria, razão pela qual a norma impugnada padece do vício formal de inconstitucionalidade. Por outro lado, já tendo o legislador constituinte originário estabelecido a idade de 70 anos para o implemento da aposentadoria compulsória da magistratura, a norma constitucional estadual acaba por violar o conteúdo material da constituição federal ao estabelecer a idade de 75 para o implemento da aposentadoria compulsória.

Acerca dos limites do constituinte derivado, ele cria ordenamento constitucional autônomo, mas o processo de criação que ele percorre difere profundamente da originalidade criadora do constituinte federal. A precedência da Constituição federal sobre a do Estado--Membro é exigência lógica da organização federal, e essa precedência, que confere validez ao sistema federal, imprime a força de matriz originária ao constituinte federal e faz do constituinte original um seguimento derivado daquele.

Sendo um poder derivado do poder constituinte originário, não se trata de um poder soberano, no sentido de poder dotado de capacidade de autodeterminação plena. O poder constituinte dos Estados-membros é expressão da autonomia desses entes, estando submetido a limitações, impostas heteronomamente, ao conteúdo das deliberações e à forma como serão tomadas.

No tocante ao federalismo, os entes federados dispõem de certas prerrogativas para criação legislativa, objetivando que não fiquem à mercê das normas ditas centrais, sobretudo porque o Estado só é federal com a constitucionalização do federalismo , além de que a ideia-matriz do federalismo é da união na diversidade.

O federalismo deve garantir, a um só tempo, o direito à diferença e à participação de todos na vontade central. Adotar a forma federativa não significa impor a estrutura administrativo-organizacional do ente central às entidades parciais. Constitui, sim, garantir que em determinados espaços os estados-membros possam agir com certa margem de liberdade de conformação, sem que disso se depreenda qualquer prejuízo à união indissolúvel pré-concebida. Em um país de dimensões continentais, em que cada estado possui necessidades sócio-econômicas diversas, e que há enorme variedade cultural, atribuir uma leitura centralizadora ao modelo federativo significa afastar a possibilidade do direito de reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Portanto, no caso em tela, a norma padece de vício de inconstitucionalidade formal e material, contrariando os limites impostos ao poder constituinte derivado.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. ART. 57, § 1º, II, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO PIAUÍ, NA REDAÇÃO DADA PELA EC 32, DE 27/10/2011. IDADE PARA O IMPLEMENTO DA APOSENTADORIA COMPULSÓRIA DOS SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS E MUNICIPAIS ALTERADA DE SETENTA PARA SETENTA E CINCO ANOS. PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DA ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 40, § 1º, II, DA CF. PERICULUM IN MORA IGUALMENTE CONFIGURADO. CAUTELAR DEFERIDA COM EFEITO EX TUNC. I – É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que as normas constitucionais federais que dispõem a respeito da aposentadoria dos servidores públicos são de absorção obrigatória pelas Constituições dos Estados. Precedentes. II – A Carta Magna, ao fixar a idade para a aposentadoria compulsória dos servidores das três esferas da Federação em setenta anos (art. 40, § 1º, II), não deixou margem para a atuação inovadora do legislador constituinte estadual, pois estabeleceu, nesse sentido, norma central categórica, de observância obrigatória para Estados e Municípios. III – Mostra-se conveniente a suspensão liminar da norma impugnada, também sob o ângulo do perigo na demora, dada a evidente situação de insegurança jurídica causada pela vigência simultânea e discordante entre si dos comandos constitucionais federal e estadual. IV – Medida cautelar concedida com efeito ex tunc. (ADI 4696 MC, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 01/12/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-055 DIVULG 15-03-2012 PUBLIC 16-03-2012)

GABARITO DA BANCA EXAMINADORA:

- Gabarito: 1 Apresentação e estrutura textual (legibilidade, respeito às margens e indicação de parágrafos), 2 Desenvolvimento do tema, 2.1 Ofensa às normas gerais em matéria previdenciária, 2.2 Limites à competência concorrente do estado-membro, 2.3 Inconstitucionalidade da norma

DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS

DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL

DPE/RN - 2015 - CESPE

Maior de idade, absolutamente capaz e hipossuficiente nasceu mulher, mas se vê e é percebida perante a sociedade como homem. Embora tenha optado por não realizar cirurgia de transgenitalização, essa pessoa, tendo em vista seu desejo de proceder à retificação de seu registro de nascimento para alterar seu prenome e trocar o gênero feminino para o masculino, procurou a Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Norte para ingressar com a ação competente. Com base nessa situação hipotética, redija um texto dissertativo acerca da temática do neoconstitucionalismo apresentando argumentos de mérito em favor do pleito da assistida. Ao elaborar seu texto, atenda ao que se pede a seguir. 1- Apresente o conceito de neoconstitucionalismo. [valor: 0,80 ponto] 2- Discorra sobre

a constitucionalização do direito, apontando, pelo menos, duas normas da Constituição Federal de 1988 que podem ser RELACIONADAs em defesa da pretensão da assistida. [valor: 0,80 ponto] 3- Discuta sobre o ativismo judicial e a concretização do direito à autodeterminação sexual. [valor: 0,80 ponto]

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

O neoconstitucionalismo é um viés teórico do campo do direito constitucional que busca não mais atrelar o constitucionalismo apenas à ideia de limitação do poder político, mas à eficácia e à força normativa da Constituição, especialmente diante da expectativa de concretização dos direitos fundamentais. Nesse sentido, o neoconstitucionalismo prega uma maior valorização dos princípios, em detrimento das regras, assim como o desenvolvimento de princípios e métodos inovadores de hermenêutica constitucional e a utilização da técnica da ponderação de princípios e direitos fundamentais em conflito.

Destacam-se, também, o papel do Poder Judiciário na concretização dos princípios e dos valores constitucionais, a expansão da jurisdição constitucional e a abertura da argumentação jurídica à moral. Como consequência da ideia de eficácia e de força normativa da Constituição, verificou-se, no final do século XX e início do século XXI, a publicização do direito privado, que passou a ser caracterizada como constitucionalização do direito. A constitucionalização do direito associa-se a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico.

Os valores, os fins e os comportamentos contemplados nos princípios e nas regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional, o que ocorre também no tocante às normas relativas ao registro civil.

Na situação hipotética apresentada, a pretensão da assistida pode ser defendida, considerando-se a aplicação, à situação concreta apresentada, do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CRFB), do objetivo fundamental da República Federativa do Brasil consistente na promoção do bem de todos, sem preconceito de sexo (art. 3.º, IV, da CF), bem como dos direitos fundamentais à igualdade (art. 5.º, caput, da CF) e à proteção da intimidade (art. 5.º, X, da CF).

O Poder Judiciário realiza a constitucionalização do direito ao interpretar a norma infraconstitucional da forma que melhor realize o sentido e o alcance dos valores e fins constitucionais. Tal atuação pode ser identificada como decorrência do chamado ativismo judicial que consiste na escolha, pelo Poder Judiciário, de um modo específico e proativo de interpretar e aplicar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores e dos fins constitucionais, promovendo a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto, independentemente de manifestação do legislador ordinário.

Na presente situação hipotética, o juiz, ao adotar uma postura ativista e acolher o pedido de retificação do registro de nascimento da assistida, mediante a aplicação direta

dos supramencionados artigos da CRFB, estará promovendo a concretização do direito à autodeterminação sexual.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Saraiva. 5ª ed. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. Saraiva. 11ªed. 2016.

DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

DPE/ES - 2012 - CESPE

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, promulgada por meio do Decreto Presidencial No. 6.949/2009, assim estabelece: "1. Os Estados Partes reconhecem que todas as pessoas são iguais perante e sob a lei e que fazem jus, sem qualquer discriminação, a igual proteção e igual benefício da lei. (...). 4. Nos termos da presente Convenção, as medidas específicas que forem necessárias para acelerar ou alcançar a efetiva igualdade das pessoas com deficiência não serão consideradas discriminatórias.". Com base nas informações acima apresentadas e na situação das pessoas com deficiência, discorra sobre o princípio da igualdade, abordando, necessariamente, os seguintes aspectos: 1. Igualdade formal e material, 2. dimensões subjetiva e objetiva; 3. Exemplo de medida que fomenta a política de discriminação positiva em relação às pessoas com deficiência, conforme previsão constitucional.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

O princípio da igualdade é um dos pilares do regime de direitos fundamentais previsto na Constituição Federal, estando expresso em diversos pontos, como no art. 3º, IV; art. 5º, caput e inciso I; art. 19, III; e art. 150, II.

A igualdade pode ser dividida em formal e material. A igualdade formal consiste em uma igualdade de direito, em conferir, por lei, idêntico tratamento a todos os indivíduos, não criando distinções de qualquer natureza entre as pessoas. Já a igualdade material vai além, buscando uma realização efetiva da igualdade. A igualdade material pode ser representada através da célebre frase: "tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais". Assim, de acordo com a igualdade material, são admitidos tratamentos diferenciados àquelas pessoas que se encontrem em situações diferentes.

É com base na igualdade material que se sustentam as ações afirmativas, consistentes em condições favorecidas concedidas a determinados grupos que se encontram em posição especial dentro da sociedade, como é o caso das pessoas com deficiência.

Segundo a doutrina, o princípio da igualdade possui ainda duas dimensões. A dimensão subjetiva consiste no direito de o indivíduo, em face do Estado, exigir tanto uma

abstenção, de não impor situações desiguais para os indivíduos, bem como de exigir ações positivas, no sentido de realizar a igualdade. Por sua vez, a dimensão objetiva consiste em considerar a igualdade como princípio informador de todo o ordenamento jurídico, orientando, inclusive, a elaboração de novas normas.

A Carta Magna traz diversas normas consubstanciadoras de ações afirmativas em prol das pessoas com deficiência, como, por exemplo, a reserva de percentual de vagas em concursos públicos (art. 37, VIII), atendimento educacional especializado (art. 208, III), garantia de acesso adequado das pessoas com deficiência a edifícios públicos e transporte coletivo (art. 227, § 2º).

GABARITO DA BANCA EXAMINADORA:

- Gabarito: 1. Igualdade formal e material. 2. Dimensão subjetiva e objetiva do princípio da igualdade. 3. Fomento à política de discriminação positiva das pessoas com deficiência, conforme previsão constitucional.

DPE/MA - 2011 - CESPE

Entre outros direitos assegurados às pessoas portadoras de necessidades especiais, é-lhes garantida a inclusão social mediante a instalação de rampas em calçadas, sanitários adequados e acentos preferenciais em quaisquer meios de transporte. Thiago Henrique Fedri Viana. Manual dos direitos difusos e coletivos. Campinas, SP: Millennium, 2010, p. 37 (com adaptações). Considerando o fragmento de texto acima, disserte sobre os interesses das pessoas portadoras de necessidades especiais. Ao elaborar seu texto, aborde, necessariamente, os seguintes aspectos: 1- conceito de interesse público primário e conceito de interesse público secundário; 2- classificação dos interesses das pessoas portadoras de necessidades especiais — primários ou secundários; 3- legitimação da defensoria pública para a defesa de tais interesses.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

O interesse público pode ser entendido como o interesse da sociedade considerada em seu conjunto. É o contrário de interesse privado, particular. Doutrinariamente, o interesse público é subdivido em interesse público primário e secundário. O interesse público primário consiste na soma dos interesses dos indivíduos enquanto participantes da sociedade; o interesse público secundário é o interesse individual da pessoa jurídica de direito público.

O interesse a ser buscado primordialmente em toda ação estatal é o primário, não sendo cabível a prática de um ato estatal com o fim exclusivo de atingir um interesse secundário.

Os interesses das pessoas portadoras de necessidades especiais são interesses primários, pois representam anseios dos componentes da sociedade. Ademais, o atendimento de tais interesse é expressão dos fundamentos e dos objetivos do Estado Brasileiro (art. 1º, III e art.3º, ambos da CRFB).

A Defensoria Pública tem legitimidade para a defesa de tais direitos. Com efeito, o art. 134 da Constituição Federal, com a redação dada pela EC nº 80/2014, disciplina que a

Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da CRFB, devendo a expressão "necessitados" ser compreendida em sentido amplo.

Da mesma forma, o art. 4º, X e XI, da Lei Complementar nº 80/94, confere legitimidade à Defensoria Pública para a defesa dos interesse das pessoas com deficiência. Igualmente, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, em seu art. 79, "caput" e § 3o, determina que a Defensoria Pública tomará as medidas necessárias para a garantia dos direitos das pessoas com deficiência.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROTEÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA FÍSICA, MENTAL OU SENSORIAL. SUJEITOS HIPERVULNERÁVEIS. fornecimento de prótese auditiva. Ministério PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA ad causam. LEI 7.347/85 E LEI 7.853/89. 1. Quanto mais democrática uma sociedade, maior e mais livre deve ser o grau de acesso aos tribunais que se espera seja garantido pela Constituição e pela lei à pessoa, individual ou coletivamente. 2. Na Ação Civil Pública, em caso de dúvida sobre a legitimação para agir de sujeito intermediário, Ministério Público, Defensoria Pública e associações, p. ex., sobretudo se estiver em jogo a dignidade da pessoa humana, o juiz deve optar por reconhecê-la e, assim, abrir as portas para a solução judicial de litígios que, a ser diferente, jamais veriam seu dia na Corte. 3. A categoria ético-política, e também jurídica, dos sujeitos vulneráveis inclui um subgrupo de sujeitos hipervulneráveis, entre os quais se destacam, por razões óbvias, as pessoas com deficiência física, sensorial ou mental. 4. É dever de todos salvaguardar, da forma mais completa e eficaz possível, os interesses e direitos das pessoas com deficiência, não sendo à toa que o legislador refere-se a uma "obrigação nacional a cargo do Poder Público e da sociedade" (Lei 7.853/89, art. 1°, § 2°, grifo acrescentado). 5. Na exegese da Lei 7.853/89, o juiz precisa ficar atento ao comando do legislador quanto à finalidade maior da lei-quadro, ou seja, assegurar "o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiência, e sua efetiva integração social" (art. 1°, caput, grifo acrescentado). 6. No campo da proteção das pessoas com deficiência, ao Judiciário imputam-se duas ordens de responsabilidade: uma administrativa, outra judicial. A primeira, na estruturação de seus cargos e serviços, consiste na exigência de colaborar, diretamente, com o esforço nacional de inclusão social desses sujeitos. A segunda, na esfera hermenêutica, traduz-se no mandamento de atribuir à norma que requer interpretação ou integração o sentido que melhor e mais largamente ampare os direitos e interesses das pessoas com deficiência. 7. A própria Lei 7.853/89 se encarrega de dispor que, na sua "aplicação e interpretação", devem ser considerados "os valores básicos da igualdade de tratamento e oportunidade, da justiça social, do respeito e dignidade da pessoa humana, do bem-estar, e outros indicados na Constituição ou justificados pelos princípios gerais de direito" (art. 1°, § 1°). 8. Por força da norma de extensão ("outros interesses difusos e coletivos", consoante o art. 129, III, da Constituição de 1988;"qualquer outro interesse difuso ou coletivo", nos termos do art. 110 do Código de Defesa do Consumidor; e "outros interesses difusos, coletivos

e individuais indisponíveis e homogêneos", na fórmula do art. 25, IV, alínea "a", da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), cabe ao Judiciário, para fins de legitimação ad causam na Ação Civil Pública, incorporar ao rol legal, em numerus apertus, importa lembrar novos direitos e interesses, em processo de atualização permanente da legislação. 9. A tutela dos interesses e direitos dos hipervulneráveis é de inafastável e evidente conteúdo social, mesmo quando a Ação Civil Pública, no seu resultado imediato, aparenta amparar uma única pessoa apenas. É que, nesses casos, a ação é pública, não por referência à quantidade dos sujeitos afetados ou beneficiados, em linha direta, pela providência judicial (critério quantitativo dos beneficiários imediatos), mas em decorrência da própria natureza da relação jurídica-base de inclusão social imperativa. Tal perspectiva que se apóia no pacto jurídico-político da sociedade, apreendido em sua globalidade e nos bens e valores ético-políticos que o abrigam e o legitimam, realça a necessidade e a indeclinabilidade de proteção jurídica especial a toda uma categoria de indivíduos (critério qualitativo dos beneficiários diretos), acomodando um feixe de obrigações vocalizadas como jus cogens. 10. Ao se proteger o hipervulnerável, a rigor quem verdadeiramente acaba beneficiada é a própria sociedade, porquanto espera o respeito ao pacto coletivo de inclusão social imperativa, que lhe é caro, não por sua faceta patrimonial, mas precisamente por abraçar a dimensão intangível e humanista dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Assegurar a inclusão judicial (isto é, reconhecer a legitimação para agir) dessas pessoas hipervulneráveis, inclusive dos sujeitos intermediários a quem incumbe representá-las, corresponde a não deixar nenhuma ao relento da Justiça por falta de porta-voz de seus direitos ofendidos. 11. Maior razão ainda para garantir a legitimação do Parquet se o que está sob ameaça é a saúde do indivíduo com deficiência, pois aí se interpenetram a ordem de superação da solidão judicial do hipervulnerável com a garantia da ordem pública de bens e valores fundamentais, in casu não só a existência digna, mas a própria vida e a integridade físico-psíquica em si mesmas, como fenômeno natural. 12. A possibilidade, retórica ou real, de gestão individualizada desses direitos (até o extremo dramático de o sujeito, in concreto, nada reclamar) não os transforma de indisponíveis (porque juridicamente irrenunciáveis in abstracto) em disponíveis e de indivisíveis em divisíveis, com nome e sobrenome. Será um equívoco pretender lê-los a partir da cartilha da autonomia privada ou do ius dispositivum, pois a ninguém é dado abrir mão da sua dignidade como ser humano, o que equivaleria, por presunção absoluta, a maltratar a dignidade de todos, indistintamente. 13. O Ministério Público possui legitimidade para defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise à tutela de pessoa individualmente considerada. Precedentes do STJ. 14. Deve-se, concluir, por conseguinte, pela legitimidade do Ministério Público para ajuizar, na hipótese dos autos, Ação Civil Pública com o intuito de garantir fornecimento de prótese auditiva a portador de deficiência. 15. Recurso Especial não provido. (REsp 931.513/RS, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), Rel. p/ Acórdão Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/2009, DJe 27/09/2010)

GABARITO DA BANCA EXAMINADORA:

- Gabarito: 1- Apresentação e estrutura textual (legibilidade, respeito às margens e indicação de parágrafos) - 2 Desenvolvimento do tema - 2.1 Conceito de interesse primário e conceito de interesse secundário - 2.2 Classificação dos interesses dos portadores de necessidades especiais - 2.3 Legitimidade da defensoria pública para a defesa dos interesses dos portadores de necessidades especiais.

POLÍTICAS PÚBLICAS DIRECIONADAS À INFÂNCIA E JUVENTUDE

DPE/ES - 2012 - CESPE

Considere que o Poder Executivo de determinado ente da Federação brasileira promova investimento efetivo na formulação e na execução de políticas sociais públicas, e nenhuma delas esteja direcionada a crianças e adolescentes. Com base nessa situação hipotética, responda, de forma fundamentada, aos seguintes questionamentos: 1. Que normas da CF e do ECA estariam sendo violados? 2. A defensoria pública possui legitimidade para propor medidas judiciais na proteção dos direitos difusos inerentes às crianças e aos adolescentes? 3. Há possibilidade de relativização da separação das funções do poder em defesa dos direitos difusos das crianças e dos adolescentes? 4. Provocada a função jurisdicional do Estado, a sua decisão terá efeito concreto ou meramente declaratório em razão da separação das funções do poder?

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

No tocante ao item 1, a ausência ou deficiência de políticas públicas direcionadas à infância e juventude viola frontalmente os arts. 1º, III (princípio da dignidade da pessoa humana); e 227 (prioridade absoluta na tutela de direitos com múltiplos coobrigados, inclusive o Poder Executivo), ambos da CRFB. Isso ocorre pelo fato de crianças e adolescentes possuírem absoluta prioridade constitucional na efetivação dos direitos à vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade e convivência familiar e comunitária.

A falha na efetivação destas políticas públicas, que deveriam ser prioridade absoluta, afronta de maneira qualificada a dignidade da pessoa humana, pois crianças e adolescentes são pessoas dotadas de proteção especial e integral.

A conduta do Poder Executivo também viola diretamente os arts. 1º; 3º; 4º, parágrafo único, c", da Lei nº 8.069/90, além dos princípios previstos no art. 100, parágrafo único, II (proteção integral e prioritária), III (responsabilidade primária e solidária do poder público) e IV (interesse superior da criança e do adolescente). Importante destacar que a própria Lei nº 8.069/90 anteviu a possibilidade de o poder público descumprir as suas obrigações legais, dispondo no art. 98, I, que as medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados por ação ou omissão da sociedade ou do Estado.

A falta de investimento em políticas sociais públicas coloca crianças e adolescentes em situação de risco, sendo aplicáveis as medidas protetivas do art. 101 do ECA, cujo rol é meramente exemplificativo.

No tocante ao item 2, a Defensoria Pública possui legitimidade para a defesa de interesses difusos, coletivos e individuais da infância e juventude com base na Lei da Ação Civil Pública e na LC nº 80/94. Ademais, o art. 134 da CRFB aduz que a Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica,

a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados.

Sem prejuízo das previsões legais e constitucionais acima mencionadas, o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de ratificar a legitimidade da Defensoria Pública para a tutela de direitos e interesses metaindividuais.

No tocante ao item 3, o Judiciário pode e deve determinar que o Poder Executivo cumpra os preceitos constitucionais e legais, efetivando as políticas sociais públicas voltadas à infância e juventude. Contudo, existem duas interpretações versando sobre tais determinações judiciais. A primeira defende que o Poder Judiciário estaria apenas impondo o cumprimento de normas legais e constitucionais e, por isso, não existiria relativização da independência entre os poderes, pois estar-se-ia apenas determinando que seja observado o ordenamento jurídico.

A segunda interpretação defende que o Judiciário estaria intervindo no Poder Executivo com o objetivo de promover o respeito às normas legais e constitucionais, já que não existe margem de discricionariedade em se tratando de políticas sociais públicas voltadas para a infância e juventude, ou seja, o Poder Executivo não pode alegar o "princípio da reserva do possível" para descumprir as normas legais e constitucionais. O STF vem utilizando o segundo posicionamento.

No tocante ao item 4, a decisão jurisdicional terá efeito concreto, ou seja, o direito difuso, coletivo ou individual será diretamente tutelado pelo Poder Judiciário, efetivando especificamente aquilo que deveria ter sido disponibilizado por meio de políticas sociais públicas. É possível a fixação de multa, como meio de coerção, para obrigar o poder público a cumprir a determinação judicial (art. 537 do CPC).

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

Direito Processual Civil e Constitucional. Ação civil pública. Legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública em defesa de interesses difusos. Interpretação do art. 134 da Constituição Federal. Discussão acerca da constitucionalidade do art. 5º, inciso II, da Lei nº 7.347/1985, com a redação dada pela Lei nº 11.448/07, e do art. 4º, incisos VII e VIII, da Lei Complementar nº 80/1994, com as modificações instituídas pela Lei Complementar nº 132/09. Repercussão geral reconhecida. Mantida a decisão objurgada, visto que comprovados os requisitos exigidos para a caracterização da legitimidade ativa. Negado provimento ao recurso extraordinário. Assentada a tese de que a Defensoria Pública tem legitimidade para a propositura de ação civil pública que vise a promover a tutela judicial de direitos difusos e coletivos de que sejam titulares, em tese, pessoas necessitadas. **RE 733433/MG**

DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. GARANTIA ESTATAL DE VAGA EM CRECHE. PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. PRECEDENTES. 1. A educação infantil é prerrogativa constitucional indisponível, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a creches e unidades pré-escolares. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a im-

plementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. 3. Agravo regimental improvido. **RE 464143 AgR/SP**

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

Valter Kenji Ishida, Estatuto da Criança e do Adolescente, Editora Jus Podium, 17ª Edição

Curso de Direito da Criança e do Adolescente, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel, Editora Saraiva, 6ª edição

PROMOÇÃO DA IGUALDADE

DPE/BA - 2010 - CESPE

Todas as pessoas nascem iguais em dignidade, e nada justifica que não sejam dados os mesmos direitos a todos. Todos têm igual direito ao respeito das outras pessoas, e nada justifica que não tenham, desde o começo, as mesmas oportunidades. As formas de desrespeito e ofensa ao direito de ser pessoa incluem o preconceito e a discriminação social. Essas ofensas ocorrem, por exemplo, quando alguém é tratado como inferior ou não é admitido em algum lugar em razão de sua raça, cor, crenças, idéias ou condição. Dalmo de Abreu Dallari. Direitos humanos e cidadania. São Paulo: Moderna, 2004 (com adaptações). Em face do fragmento de texto acima, que tem caráter unicamente motivador, discorra sobre a promoção da igualdade racial mencionando necessariamente: os mecanismos constantes na Constituição Federal e os instrumentos internacionais que contribuem para o combate à discriminação racial; as instituições criadas pelo governo brasileiro, no que se refere às políticas públicas adotadas no Brasil, para auxiliar o combate à discriminação racial e a promoção dos direitos humanos.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

Nada obstante já se tenha evoluído consideravelmente, ainda se faz necessário muito trabalho para a promoção efetiva da igualdade racial. A igualdade entre todas as raças está amparada no texto constitucional no art. 1º, III; art.3º, IV; art. 4º, VIII; art. 5º, "caput"; art. 7º, XXX, assim como na Lei nº 12.288/2010 (Estatuto da Igualdade Racial).

No âmbito internacional, a igualdade racial é garantida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Convenção pela Eliminação de todas as formas de discriminação racial, esta última incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro por intermédio do Decreto Presidencial nº 65.810/1969. A Carta Magna traz diversos mecanismos que permitem a promoção da igualdade racial, entre os quais destaca-se, de início, o princípio da igualdade, que, em seu sentido material, permite a instituição de ações afirmativas, como são as cotas para ingresso em universidades públicas, em concursos públicos, etc.

Ademais, em seu art. 5º, XLII, a CRFB determina que a prática de racismo é crime inafiançável e imprescritível, o qual deve ser punido com pena de reclusão. Igualmente, no art.

7º, XXX, o texto constitucional proíbe que os trabalhadores sejam diferenciados em razão da cor. Além disso, a CRFB assegura que o Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas, afro-brasileiras e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional. Por fim, os índios merecem especial atenção do texto magno, ganhando um capítulo inteiro de proteção. É garantida também a propriedade definitiva aos remanescentes de áreas de quilombos.

Com o objetivo de promover a igualdade racial, o governo brasileiro criou, em 2003, a Secretaria de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República. Com o advento do Estatuto da Igualdade Racial foi instituído o Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial (SINAPIR) – art. 47 da Lei nº 12.288/2010, para efetivar medidas visando superar as desigualdades raciais.

Somado a isso, foram criadas Ouvidorias em defesa da igualdade racial, com o fito de receber e encaminhar denúncias de discriminação baseada em raça, assim como acompanhar as medidas de promoção da igualdade.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

Barreto, Rafael. Direitos Humanos. Coleção Sinopses para Concursos. Salvador: JusPODIVM, 2015.

GABARITO DA BANCA EXAMINADORA:

Gabarito: 1- Apresentação e estrutura textual (legibilidade, respeito às margens e indicação de parágrafos). 2- Desenvolvimento do tema. 2.1 – Mecanismos constantes na CF/88 e instrumentos internacionais que contribuem para o combate à discriminação racial. 2.2- Instituições criadas pelo governo brasileiro para auxiliar o combate à discriminação racial e a promoção dos direitos humanos.

TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

DPE/AC - 2012 - CESPE

Entre os inúmeros pedidos em ações ajuizadas por defensores públicos na área do direito à saúde inclui-se o fornecimento de medicamentos, de suplementos alimentares, órteses e próteses; criação de vagas em unidades de terapia intensiva; contratação de servidores; realização de exames e cirurgias; custeio de tratamentos fora do domicílio, e no exterior, e mesmo pedidos de tratamentos experimentais ainda não amplamente reconhecidos pela comunidade científica. Tais procedimentos, que caracterizam a denominada judicialização das políticas públicas de saúde, resultam em decisões que, em regra, repercutem em todos os níveis da Federação e refletem, ainda, possíveis consequências sociais, pelo potencial de interferir no Sistema Único de Saúde (SUS). Em 2009, o Supremo Tribunal Federal (STF), por exemplo, convocou audiência pública para discutir a questão da saúde pública com a sociedade. Em face do contexto descrito acima, disserte sobre os aspectos jurídico-constitucionais que envolvem a "judicialização das políticas públicas de saúde", fazendo referência à posição do STF a respeito. Ao elaborar o seu texto, aborde, necessariamente, os seguintes tópicos: 1- garantia do direito social à saúde; 2- reconhecimento do direito a medicamento; 3- princípio da separação dos poderes; 4- cláusula da reserva do possível.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

Modernamente, prevalece a idéia de que os direitos fundamentais, inclusive aqueles prestacionais, possuem eficácia imediata, cabendo, apenas, delimitar-se a extensão. Nesta categoria enquadram-se os direitos sociais como dimensão dos direitos fundamentais do homem, que são prestações positivas estatais, enunciados em normas constitucionais, cujas políticas públicas podem e devem ser sindicadas pelo Judiciário, principalmente no que tange o direito à saúde.

Superou-se, assim, entendimento que os enquadrava como regras de conteúdo programático a serem concretizadas mediante intervenção legislativa ordinária, sob pena de se ferir o princípio da harmonia e independência dos Poderes. Desapegou-se da negativa de obrigação estatal a ser cumprida com fulcro nos direitos fundamentais, o que tinha, como consequência, a impossibilidade de categorizá-los como direitos subjetivos, até mesmo quando em pauta a omissão do Estado no fornecimento do mínimo existencial. Consoante os novos rumos interpretativos, a par de dar-se eficácia imediata aos direitos fundamentais, atribuiu-se ao intérprete a missão de desvendar o grau dessa aplicabilidade, porquanto mesmo que se pretenda dar máxima elasticidade à premissa, nem sempre se estará infenso à uma interpositio legislatoris, o que não ocorre, vale afirmar, na porção do direito que trata do mínimo existencial.

Portanto, os direitos fundamentais, consoante a moderna diretriz da interpretação constitucional, são dotados de eficácia imediata. O princípio da aplicabilidade imediata e da plena eficácia dos direitos fundamentais está encartado no art. 5º, §1º, da CRFB. A reserva do possível não constitui justificativa para que o Poder Executivo possa se eximir das obrigações impostas pela Constituição. A referida cláusula apenas é aplicável em decorrência de justo motivo, objetivamente aferido, devendo ser prontamente afastada quando a sua adoção implique violação ao núcleo essencial dos direitos constitucionais fundamentais.

A construção teórica da "reserva do possível" teve origem na Alemanha, a partir do início dos anos de 1970. De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos. A partir disso, a "reserva do possível" (Der Vorbehalt des Möglichen) passou a traduzir (para a doutrina majoritária e para a jurisprudência constitucional na Alemanha) a idéia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público.

Não obstante, a reserva do possível, antes de atuar como barreira intransponível à efetivação dos direitos fundamentais, deve viger como um mandado de otimização dos direitos fundamentais. Através disso, impõe-se ao Estado o dever fundamental de, tanto quanto possível, promover as condições ótimas de efetivação da prestação estatal em causa, preservando, além disso, os níveis de realização já atingidos, o que, por sua vez, aponta para a necessidade do reconhecimento de uma proibição do retrocesso, ainda mais naquilo que se está a preservar: o mínimo existencial.

De acordo com o entendimento do STF, embora seja fato que o Estado possui limitações financeiras, a Administração Pública não pode criar obstáculo artificial que revele o ile-

gítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Logo, a reserva do possível não pode ser usada para que entes públicos fujam indevidamente de suas obrigações constitucionais, ou seja, o Estado não está autorizado a dispor de ampla discricionariedade na aplicação de direitos fundamentais.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* **13 ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 588.**

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas.* **2ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2006, p.107.**

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais.* **Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2005, p. 53.**

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SEPARAÇÃO DOS PODERES. VIOLAÇÃO. NÃO CONFIGURADA. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES. HIPOSSUFICIÊNCIA. SÚMULA 279/STF. 1. É firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde. 2. O acórdão recorrido também está alinhado à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, reafirmada no julgamento do RE 855.178-RG, Rel. Min. Luiz Fux, no sentido de que constitui obrigação solidária dos entes federativos o dever de fornecimento gratuito de tratamentos e de medicamentos necessários à saúde de pessoas hipossuficientes. 3. A controvérsia relativa à hipossuficiência da parte ora agravada demandaria a reapreciação do conjunto fático-probatório dos autos, o que não é viável em sede de recurso extraordinário, nos termos da Súmula 279/STF. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 894085 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 15/12/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-029 DIVULG 16-02-2016 PUBLIC 17-02-2016)

FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. POSSIBILIDADE DE BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS PARA GARANTIA. RATIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA FIRMADA POR ESTA SUPREMA CORTE. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. (RE 607582 RG, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, julgado em 13/08/2010, DJe-159 DIVULG 26-08-2010 PUBLIC 27-08-2010 EMENT VOL-02412-06 PP-01185 LEXSTF v. 32, n. 381, 2010, p. 275-280)

GABARITO DA BANCA EXAMINADORA:

- Gabarito: 1- Apresentação e estrutura textual (legibilidade, respeito e indicação de parágrafos) 2 Desenvolvimento do tema 2.1 Garantia do direito social a saúde. 2.2- Reconhecimentos do direito a medicamento 2.3 -- Princípio da separação dos poderes 2.4 - Clausula da reserva do possível.

DPDF - 2013 - CESPE

Maria, diagnosticada como portadora de obesidade mórbida, aguarda há três anos por uma cirurgia bariátrica que havia sido indicada pelos médicos como um procedimento de urgência. Após ter passado por todos os procedimentos prévios exigidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS) para a realização da cirurgia, não tendo conseguido realizá-la, Maria procurou a Defensoria Pública do Distrito Federal (DPDF) para entrar com ação de obrigação de fazer em face do governo do Distrito Federal (GDF). Ela afirma que há mais de cinco mil pessoas à sua frente na fila de espera da cirurgia e que poucos hospitais do DF são credenciados pelo SUS para realizar esse tipo de procedimento, sendo de dez anos a expectativa do tempo que ela terá de aguardar na fila, considerando-se que são realizadas 44 cirurgias bariátricas por mês pelo SUS, o que perfaz um total de 528 procedimentos por ano. Maria alega, ainda, que seu quadro clínico se agravou recentemente, em razão da diabetes e de outras doenças associadas à obesidade, estando sua vida em risco. Suas alegações foram comprovadas por meio de laudos e exames médicos. Em sua defesa, o GDF alegou que a saúde, sendo um direito da seguridade social, somente é garantida àqueles que contribuam com o ente estatal; que não possui legitimidade para figurar no pólo passivo da demanda, devendo a ação ter sido postulada contra a União, única responsável pelo SUS, considerando-se o texto constitucional e a Lei Orgânica do Distrito Federal; que, dado o princípio da separação dos poderes, não cabe ao Poder Judiciário atuar na destinação das verbas governamentais relativas à saúde, obrigando o gestor público do DF a dar preferência às cirurgias bariátricas, em detrimento de outros aspectos da saúde; e, por fim, que não existe nenhum princípio ou dispositivo constitucional que fundamente eventual decisão dando prioridade a Maria na realização do procedimento. Na situação hipotética acima descrita, considerando-se o disposto na Constituição Federal de 1988 e na Lei Orgânica do Distrito Federal, procedem as alegações do GDF? Justifique sua resposta. [valor: 4,50 pontos]

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

A saúde é direito fundamental garantido pela Constituição da República. Na dicção do art. 196 do texto magno, a saúde é direito de todos e dever do Estado, sendo garantido a qualquer pessoa independente de qualquer contribuição. O direito à saúde faz parte do rol de direitos da seguridade social, consoante se extrai do art. 194 da CRFB e, ao lado da assistência social, integra a parte da seguridade com caráter não-contributivo.

Segundo a jurisprudência consolidada do STF, todos os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) possuem legitimidade para figurar no pólo passivo de uma demanda de saúde, de forma isolada ou conjuntamente. A responsabilidade é, portanto, solidária de todos os entes.

O Poder Judiciário pode, por decisão judicial, garantir o cumprimento do direito à saúde. Isto não fere a separação dos poderes, já que Judiciário não está interferindo na política estatal, mas apenas garantindo um direito já assegurado por comando constitucional imperativo e inafastável, como o é o direito à saúde.

Ademais, o STF entende que não há ofensa à separação dos poderes quando uma decisão judicial concede direito incluído no mínimo existencial necessário à garantia de uma vida

digna. A determinação de prioridade na cirurgia de Maria se fundamenta no art. 5º, §1º, da CRFB, que determina a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Igualmente, encontra fundamento no princípio da razoável duração do processo, levando-se em conta que Maria não pode esperar 10 anos para a realização da cirurgia, uma vez que sua saúde e vida podem ser comprometidas com esta espera.

Por fim, a imediata realização da cirurgia tem amparo na própria dignidade da pessoa humana, princípio orientador de todo o ordenamento jurídico.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. CONSONÂNCIA DA DECISÃO RECORRIDA COM A JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA EM REPERCUSSÃO GERAL - RE 855.178-RG/PE, REL. MIN. LUIZ FUX. RECURSO EXTRAORDINÁRIO QUE NÃO MERECE TRÂNSITO. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 28.3.2015. 1. Esta Suprema Corte, ao julgamento do RE 855.178-RG/PE, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 16.3.2015, submetido à sistemática da repercussão geral, reafirmou a jurisprudência no sentido da responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde, destacando que o polo passivo da ação pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente. 2. O entendimento adotado pela Corte de origem, nos moldes do assinalado na decisão agravada, não diverge da jurisprudência firmada no âmbito deste Supremo Tribunal Federal. 3. A existência de precedente firmado pelo Plenário desta Corte autoriza o julgamento imediato de causas que versem sobre o mesmo tema, independentemente da publicação ou do trânsito em julgado do paradigma. Precedentes. 4. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. 5. Agravo regimental conhecido e não provido. (RE 933857 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 16/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-048 DIVULG 14-03-2016 PUBLIC 15-03-2016)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente. (RE 855178 RG, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 05/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-050 DIVULG 13-03-2015 PUBLIC 16-03-2015)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – CUSTEIO, PELO ESTADO, DE SERVIÇOS HOSPITALARES PRESTADOS POR INSTITUIÇÕES PRIVADAS EM BENEFÍCIO DE PACIENTES DO SUS ATENDIDOS PELO SAMU NOS CASOS DE URGÊNCIA E DE INEXISTÊNCIA DE LEITOS NA REDE PÚBLICA – DEVER ESTATAL DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE E DE PROTEÇÃO À VIDA RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – OBRIGAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AOS ESTADOS – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO ESTADO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANS-

GRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDER COMPROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO – A TEORIA DA "RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES" (OU DA "LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES") – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 6º, 196 E 197) – A QUESTÃO DAS "ESCOLHAS TRÁGICAS" – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOUTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL. 2. AÇÃO CIVIL PÚBLICA: INSTRUMENTO PROCESSUAL ADEQUADO À PROTEÇÃO JURISDICIONAL DE DIREITOS REVESTIDOS DE METAINDIVIDUALIDADE – LEGITIMAÇÃO ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CF, ART. 129, III) – A FUNÇÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO "DEFENSOR DO POVO" (CF, ART. 129, II) – DOUTRINA – PRECEDENTES. 3. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS PESSOAS POLÍTICAS QUE INTEGRAM O ESTADO FEDERAL BRASILEIRO, NO CONTEXTO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) – COMPETÊNCIA COMUM DOS ENTES FEDERADOS (UNIÃO, ESTADOS-MEMBROS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS) EM TEMA DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA À SAÚDE PÚBLICA E/OU INDIVIDUAL (CF, ART. 23, II). DETERMINAÇÃO CONSTITUCIONAL QUE, AO INSTITUIR O DEVER ESTATAL DE DESENVOLVER AÇÕES E DE PRESTAR SERVIÇOS DE SAÚDE, TORNA AS PESSOAS POLÍTICAS RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIAS PELA CONCRETIZAÇÃO DE TAIS OBRIGAÇÕES JURÍDICAS, O QUE LHES CONFERE LEGITIMAÇÃO PASSIVA "AD CAUSAM" NAS DEMANDAS MOTIVADAS POR RECUSA DE ATENDIMENTO NO ÂMBITO DO SUS – CONSEQUENTE POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DA AÇÃO CONTRA UM, ALGUNS OU TODOS OS ENTES ESTATAIS – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (ARE 727864 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 04/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 12-11-2014 PUBLIC 13-11-2014)

GABARITO DA BANCA EXAMINADORA:

- Gabarito: 1- Apresentação e estrutura textual (legibilidade, respeito às margens e indicação de parágrafos) - 0,00 a 0,20 - 2 Desenvolvimento do tema - 2.1 Saúde como direito fundamental e dever do Estado e direito social / saúde assegurada pela seguridade social, de forma gratuita, independentemente de contribuição - 0,00 a 1,10 - 2.2 Competência concorrente e solidária entre todos os entes da Federação - 0,00 a 1,50 - 2.3 Não ofensa à separação de poderes / possibilidade de apreciação pelo Poder Judiciário - 0,00 a 1,10 - 2.4 Princípio da razoável duração do processo (celeridade) / outros princípios, como o da dignidade humana - 0,00 a 1,10

PRINCÍPIOS E ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

DPDF - 2013 - CESPE

A DPDF ajuizou ação civil pública visando à obtenção de provimento jurisdicional que determinasse a indenização de consumidores pelos danos morais e materiais sofridos em decorrência de interrupção irregular do fornecimento de energia elétrica em suas residências. A Companhia de fornecimento de energia, ao impugnar o pedido, invocou a ilegitimidade ativa da DPDF. Com base nessa situação, responda, com fundamento no entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, aos seguintes questionamentos. 1- A DPDF atuou nos limites de sua competência legal? [valor: 1,80 ponto] 2- Qual a viabilidade da ação proposta e a natureza jurídica do direito nela discutido? [valor: 3,00 pontos]

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

A Defensoria Pública do Distrito Federal atuou dentro de suas atribuições, tal qual delineado pela Constituição Federal e pela legislação infraconstitucional. A Constituição, em tempo algum, limitou a atuação da Defensoria Pública em favor dos necessitados apenas do ponto de vista econômico.

A expressão "necessitado" não encerra em si a intuição pretendida por muitos de que a necessidade em questão estaria limitada aos recursos econômicos. Através de uma noção moderna e consentânea com o direito atual, afastando-se de noção ultrapassada, individualista e patrimonialista, a interpretação que deve ser dada é no sentido de que a Defensoria pode agir em favor dos necessitados não só de recursos econômicos, mas os que o sejam do ponto de vista jurídico, social, cultural e organizacional.

Tal interpretação, quando não estava em jogo ferramenta de tamanho peso político, nunca contou com qualquer resistência, haja vista que a Defensoria, há décadas, atua tranquilamente na curadoria de réu revel citado por edital e de réu em processo criminal que não constitui advogado, independentemente da situação econômica que os mesmos ostentem. Quanto à curadoria especial, destaque-se que sempre se reconheceu a hipossuficiência jurídica destas pessoas, primando-se pela manutenção de valores maiores e mais caros à sociedade, tal como a ampla defesa e o contraditório.

De qualquer forma, há um conceito jurídico indeterminado e, por isso, deve-se buscar a melhor exegese do texto constitucional, o qual, numa interpretação sistemática e teleológica, autoriza o entendimento de que o termo "necessitados" abrange não apenas os economicamente fracos, mas também os necessitados do ponto de vista organizacional, ou seja, os socialmente vulneráveis. Não se sustenta, desta feita, o óbice erigido pela Companhia ré, já que não se pode empreender interpretação restritiva a direitos fundamentais. Ademais, a Lei Complementar nº 80/94, modificada pela LC nº 132/2009, estendeu a atuação da Defensoria Pública em favor de grupos socialmente vulneráveis que mereçam especial proteção do Estado, sendo certo que o consumidor, conforme determinado pela própria Carta Magna, no art. 5º, XXXIII, é benemérito desta especial proteção estatal.

Não bastasse isso, ainda que se admitisse a interpretação restritiva no sentido de que a atuação da Defensoria Pública em Ação Civil Pública esteja jungida ao benefício de grupo de pessoas necessitadas somente do ponto de vista econômico, a melhor exegese é a do benefício potencial aos hipossuficientes e aos socialmente vulneráveis. Ou, quando muito, a não exigência de que toda a coletividade seja composta por indivíduos nesta condição.

A Lei Complementar nº 80/94 imprimiu a melhor solução para a celeuma, obrando em consonância com a doutrina, ao dispor que a Defensoria poderá "promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes" (art. 4º, VII).

Note-se que o legislador optou por estabelecer um juízo de possibilidade de benefício a grupo de pessoas hipossuficientes (sem explicitar que tipo de hipossuficiência). Logo, se for possível, ou seja, diante do grau mínimo de reconhecimento de que poderão ser beneficiadas pessoas hipossuficientes, já estará legitimada a atuação da Defensoria Pública, não havendo necessidade de qualquer comprovação prévia acerca da condição social, econômica ou cultural dos destinatários da demanda. E mesmo que fosse exigido o benefício real, e não apenas potencial, decerto que não se poderia interpretar pela necessidade de que todos os beneficiários da atuação coletiva fossem hipossuficientes ou socialmente vulneráveis, uma vez que igualmente estar-se-ia burocratizando a utilização do instituto processual.

Por derradeiro, por meio da Emenda Constitucional nº 80/14, o artigo 134 da CRFB passou a dispor que a Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV, da CRFB.

No tocante ao item 2, a ação é totalmente viável, principalmente após o Plenário do Supremo Tribunal Federal ter julgado improcedente Ação Direta de Inconstitucionalidade promovida pela CONAMP, isto é, considerando constitucional a atribuição da Defensoria Pública em propor ação civil pública na defesa dos direitos difuso, coletivos stricto sensu e individuais homogêneos, adotando o conceito amplo de necessitados. Assim a Defensoria pode e deve agir na defesa dos interesses e direitos de natureza individuais homogêneos trazidos na questão, pois decorrentes de origem comum (o corte irregular do serviço) nos termos da norma contida no art. 81, III ,do CDC.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

GARCIA, José Augusto. *O Destino de Gaia e as Funções Constitucionais da Defensoria Pública: Ainda faz Sentido (Sobretudo Após a Edição da Lei Complementar 132/09) a Visão Individualista a Respeito da Instituição?* **Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro nº 25, ano 2012.**

MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Contribuição esperada do Ministério Público e da Defensoria Pública na prevenção da atomização judicial dos mega-conflitos.* **Editora RT: Revista de Processo 2008, RePro 164, p. 162.**

Parecer de Ada Pellegrine Grinover elaborado para a ANADEP e que pode ser consultado na íntegra em: http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/4820/Documento10.pdf (acesso em 23 de julho de 2014).

CÃMARA, Alexandre. Legitimidade da Defensoria Pública para Ajuizar Ação Civil Pública: um Possível Primeiro Passo em Direção a uma Grande Reforma. In: SOUZA, José Augusto Garcia de. (Coord.) A Defensoria Pública e os Processos Coletivos: Comemorando a Lei Federal 11.448 de 15 de janeiro de 2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCHWARTZ, Fabio. *A Defesa do Consumidor como Princípio da Ordem Econômica – Pressuposto Inarredável para a Atuação dos Órgãos Públicos e Imprescindível para o Desenvolvimento Sustentado do País*. **Revista de Direito do Consumidor, v. 94. São Paulo: RT, Julho-Agosto, 2014.**

ROCHA, Amélia Soares da. *Defensoria Pública – Fundamentos, Organização e Funcionamento.* **São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 12.**

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIO, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil* **– Processo Coletivo, vol. 4, 4ª edição, editora Podivm: 2009, p. 212.**

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*, **vol. 2 –** *Manual do Processo de Conhecimento.* **7ª Ed. São Paulo: RT. 2007. p.746.**

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Op. Cit. p. 258.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada. Teoria das Ações Coletivas.* **3ª ed. São Paulo: RT, 2012, p. 8S.**

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA (ART. 5º, INC. II, DA LEI N. 7.347/1985, ALTERADO PELO ART. 2º DA LEI N. 11.448/2007). TUTELA DE INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS (COLETIVOS STRITO SENSU E DIFUSOS) E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DEFENSORIA PÚBLICA: INSTITUIÇÃO ESSENCIAL À FUNÇÃO JURISDICIONAL. ACESSO À JUSTIÇA. ***NECESSITADO: DEFINIÇÃO SEGUNDO PRINCÍPIOS HERMENÊUTICOS GARANTIDORES DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E DA MÁXIMA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS: ART. 5º, INCS. XXXV, LXXIV, LXXVIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA****. INEXISTÊNCIA DE NORMA DE EXCLUSIVIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELO RECONHECIMENTO DA LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. (STF, ADI 3943, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, j. 7/5/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-154, div. 5-8-2015 p. 6-8-2015).*

GABARITO DA BANCA EXAMINADORA:

- Gabarito: 1- Apresentação e a estrutura textual (legibilidade, respeito às margens e indicação de parágrafos) - 0,00 a 0,20 - 2 Desenvolvimento do tema - 2.1 Atuação nos limites legais (Art. 4.º, incisos VII e VIII, da Lei Complementar n.º 80/1994) - 0,00 a 1,80 - 2.2 Viabilidade da ação civil pública (Lei n.º 11.448/2007, que alterou o art. 5.º da Lei n.º 7.347/1985) / Caracterização de direito individual homogêneo (art. 81, III do CDC) - 0,00 a 3,00

DIREITO EMPRESARIAL

CHEQUES

DPE/TO - 2012 - CESPE

Humberto adquiriu de uma empresa de materiais de construção cinco latas de tinta, no valor total de R$ 500,00 e, por meio de contrato verbal, pagou em duas parcelas, mediante a entrega de dois cheques pré-datados, com vencimentos apostos nos anversos dos títulos para trinta e sessenta dias contados da compra, cada um no valor de R$ 250,00. Conforme o acordo verbal firmado, as tintas seriam entregues na residência de Humberto no prazo de dois dias úteis. Os produtos não foram entregues e, cinco dias após a compra, ambos os cheques foram apresentados simultaneamente, e, por duas vezes, devolvidos pela instituição bancária por insuficiência de fundos, o que gerou restrição de crédito de Humberto perante os órgãos de proteção ao crédito, a qual somente seria retirada mediante a apresentação dos cheques devolvidos. Ao procurar a empresa de materiais de construção para pedir a devolução dos cheques e a rescisão contratual, Humberto foi informado pelo gerente da loja que os cheques haviam sido extraviados. Em face dessa situação hipotética, responda, de forma justificada, às seguintes indagações: 1- O cheque pré-datado perde a sua natureza cambial? 2- A conduta da empresa gerou danos a Humberto? O autor terá direito à reparação de danos? 3- Que procedimento judicial é cabível ao caso, em virtude do extravio de cheques?

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

O cheque é um título de crédito que se constitui em uma ordem de pagamento à vista emitida contra um banco em razão de fundos que a pessoa (emitente) tem naquela instituição financeira. No Brasil, além da Lei Uniforme do Cheque (Decreto 57.595/1966), o cheque atualmente é regido por lei específica que cuida de forma detalhada do regime jurídico a ele aplicável: trata-se da Lei nº 7.357/85.

Sendo o cheque uma ordem de pagamento à vista, a data do saque deveria ser sempre aquela em que o título está sendo efetivamente emitido. No entanto, é prática consolidada no mercado a utilização do chamado cheque "pré-datado", no qual o emitente indica data posterior à sua emissão para pagamento do título. Ocorre que, nos termos do art. 32 da Lei de Cheque, o cheque será sempre uma ordem de pagamento à vista, devendo ser considerada não escrita qualquer menção em sentido contrário eventualmente colocada na cártula.

Analisando os casos de cheques pré-datados (ou pós-datados, como preferem alguns doutrinadores), o STJ possui precedentes no sentido de que a emissão de cheque pós-datado não o desnatura como título de crédito, e traz como única consequência a ampliação do prazo de apresentação. Em suma, conclui-se, a partir do entendimento consolidado no âmbito do STJ, que o cheque pré-datado não perde sua natureza cambial, o que implica a aplicação do regime jurídico próprio dos títulos de crédito à cártula.

Quanto à conduta da empresa de apresentar ao banco sacado o cheque antes da data pactuada, conclui-se, com lastro na Súmula 370 do STJ, que resta caracterizado o dano moral. Com efeito, nos termos do referido enunciado, caracteriza dano moral a apresentação antecipada de cheque pré-datado. Isso porque, a partir do momento em que é emitido um cheque pré-datado em favor de alguém, resta claro que houve um acordo entre as partes, de modo que a apresentação antecipada do cheque configura uma violação dessa combinação. Com base nisso, a jurisprudência do STJ considera que a apresentação antecipada do cheque pré-datado pode gerar o pagamento pelo apresentante de indenização por danos morais.

Por fim, no que diz respeito às medidas cabíveis quanto ao extravio dos cheques, vislumbram-se duas possibilidades. Em primeiro lugar, com fundamento no artigo 36 da Lei de Cheque, o emitente e o portador legitimado podem fazer sustar o pagamento do cheque, mesmo durante o prazo de apresentação, manifestando ao sacado, por escrito, oposição fundada em relevante razão de direito, que, no caso em tela, traduz-se no extravio das cártulas. Ressalte-se que a sustação produz efeitos a partir da cientificação do banco sacado, desde que anterior à liquidação do título. Por último, para que o credor tenha como continuar exigindo o adimplemento do título, mesmo após a perda das cártulas, poderá se valer da ação de anulação da cambial, a fim de que o título perdido seja anulado, fazendo com que a sentença o substitua.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

PROCESSUAL CIVIL. COMERCIAL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. CHEQUES PÓS-DATADOS. REPASSE À EMPRESA DE FACTORING. NEGÓCIO SUBJACENTE. DISCUSSÃO. POSSIBILIDADE, EM HIPÓTESES EXCEPCIONAIS. - A emissão de cheque pós-datado, popularmente conhecido como cheque pré-datado, não o desnatura como título de crédito, e traz como única conseqüência a ampliação do prazo de apresentação. [...] (STJ, REsp 612.423 DF, rel. min. Nancy Andrighi, julgamento em 01/06/2006, Terceira Turma, DJ de 26/06/2006).

GABARITO DA BANCA EXAMINADORA:

- Gabarito: 1. Apresentação e estrutura textual (legibilidade, respeito às margens e indicação de parágrafos). 2- Desenvolvimento do tema. 2.1 - Cheque pré-datado e sua natureza cambial. 2.2 Consequências da conduta em relação a Humberto / Reparação de danos. 2.3 - Procedimento judicial cabível.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial: direito de empresa. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Direito Empresarial Esquematizado. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

ROSSIGNOLI, Estefânia. Coleção Sinopses para Concursos: Direito Empresarial. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

SOCIEDADE EMPRESÁRIA

DPDF - 2013 - CESPE

Considerando que no contrato social de determinada sociedade de responsabilidade Ltda. haja cláusula prevendo o prosseguimento da sociedade com os herdeiros no caso de falecimento do sócio, redija um texto dissertativo abordando, de forma fundamentada, os seguintes aspectos: 1- natureza jurídica da cláusula que estabelece a possibilidade da continuação da sociedade com os herdeiros; [valor: 1,60 ponto] 2- necessidade de, a despeito da existência da cláusula, da anuência dos sócios remanescentes para que os herdeiros possam participar da sociedade; [valor: 1,60 ponto] 3- se procede ou não eventual defesa da sociedade contrária à pretensão dos herdeiros da liquidação da quota fundada na referida cláusula. [valor: 1,60 ponto]

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

A morte de um dos sócios de uma sociedade contratual,a exemplo da sociedade limitada, configurava, na vigência do diploma civil de 1916, causa de dissolução total da sociedade, salvo disposição em contrário dos sócios remanescentes. Hodiernamente, porém, em razão da consagração do princípio da preservação da empresa, entende-se que a morte de sócio deve acarretar apenas a dissolução parcial da sociedade, com a liquidação da(s) quota(s) do sócio falecido.

Nesse sentido, dispõe o art. 1.028 do Código Civil, segundo o qual, no caso de morte de sócio, liquidar-se-á sua quota, salvo se o contrato dispuser diferentemente; se os sócios remanescentes optarem pela dissolução da sociedade; ou se, por acordo com os herdeiros, regular-se a substituição do sócio falecido.

Portanto, conforme o disposto no Código Civil, a sociedade contratual não se dissolverá em caso de morte de um dos sócios. O máximo que pode ocorrer é a dissolução parcial da sociedade, com a consequente apuração de haveres do sócio falecido.

Ressalte-se, por oportuno, que o supracitado art. 1.028 está inserido no capítulo que trata das sociedades simples, não havendo disposição específica quanto às sociedades limitadas. Não obstante, de acordo com o art. 1053 do Código Civil, caso não exista nenhum previsão contratual, a sociedade limitada deverá se valer das regras da sociedade simples caso haja lacunas na sua legislação própria, mas o contrato poderá prever a regência supletiva pelas normas da sociedade anônima.

Porém, não serão observadas essas regras se o contrato social da sociedade limitada dispuser a respeito de falecimento de sócio, o que é bastante recomendável, já que dessa maneira a vontade daqueles que são diretamente envolvidos prevalecerá sobre a do legislador. Tal cláusula tem natureza de acordo de vontades, que é estipulada de forma prévia entre os sócios a respeito de um evento futuro e imprevisível.

Pode-se prever que o sócio falecido será substituído por seus herdeiros e, nesse caso, essa será a regra para a sociedade, sendo que não haverá necessidade de concordância dos

sócios remanescentes, tendo em vista que esta aprovação já foi dada quando da inclusão da cláusula. Desta feita, ocorrendo o falecimento de um dos sócios, havendo a chamada cláusula de sucessão, desnecessária nova deliberação dos remanescentes.

No que diz respeito aos herdeiros, há um direito de escolha, uma vez que não há qualquer lógica de alguém ingressar em uma sociedade contra a sua vontade, já que seria uma infração à liberdade de associação que está prevista na Constituição (art. 5, XX). Assim sendo, existindo a cláusula de sucessão, os herdeiros que não optarem pelo ingresso na sociedade terão o direito de pedir a liquidação das quotas do falecido para receberem o seu correspondente patrimonial. A sociedade não tem como se opor a esse pedido e deverá proceder ao balanço previsto no art. 1031 para realizar a liquidação da quota.

GABARITO DA BANCA EXAMINADORA:

- Gabarito: 1- Apresentação e a estrutura textual (legibilidade, respeito às margens e indicação de parágrafos) - 0,00 a 0,20 - 2 Desenvolvimento do tema - 2.1 Natureza jurídica da cláusula que estabelece a possibilidade da continuação da sociedade com os herdeiros - 0,00 a 1,60 - 2.2 Necessidade de, a despeito da existência da cláusula, da anuência dos sócios remanescentes para que os herdeiros possam participar da sociedade - 0,00 a 1,60 - 2.3 Improcedência de eventual oposição da sociedade à pretensão dos herdeiros da liquidação da quota fundada na referida cláusula - 0,00 a 1,60

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Direito Empresarial Esquematizado. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

ROSSIGNOLI, Estefânia. Coleção Sinopses para Concursos: Direito Empresarial. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DIREITO PENAL

APLICAÇÃO DA LEI PENAL

DPE/TO - 2012 - CESPE

Disserte sobre crime habitual e crime continuado, apresentando, necessariamente: 1- o conceito de cada um desses crimes e distinção entre ambos; 2- as teorias acerca do crime continuado; 3- os requisitos para o reconhecimento judicial do crime continuado e respectivos efeitos.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

O crime habitual não foi objeto de um dispositivo explicativo autônomo por parte do legislador, ou seja, ele não o disciplinou como categoria independente, sendo sua existência

e definição obra da observação da doutrina. Constitui-se ele no delito em virtude do qual se exige do agente um comportamento reiterado, repetição de atos necessários à configuração.

Exemplo clássico é o delito do artigo 284, I, do Código Penal, em que trata do exercício do curandeirismo, naquelas situações em que o agente prescreve a alguém habitualmente qualquer substância. Nessa espécie de crime, a multiplicidade de atos é um elemento do próprio tipo penal. Não existe exigência numérica mínima da prática dos atos ou ainda requisito temporal mínimo fixo para realização da conduta proibida. Assim, demonstrar a habitualidade por algum lapso temporal penalmente relevante é dever do Ministério Público na ação penal e objeto de apreciação do Judiciário no caso concreto.

A continuidade delitiva, de outro lado, configura-se com a prática de atos que individualmente também sejam crimes. Quatro roubos praticados no interior de um ônibus podem ser um só crime, a partir da aplicação do artigo 71 do Código Penal. Todavia, cada um dos quatro roubos praticados não deixam de configurar igualmente um delito, individualmente considerado, por determinação do legislador, por opção de política criminal.

O ponto que determina a diferença entre os tipos de crime é que, para o crime habitual, os fatos que conjuntamente configuram crime isolados são irrelevantes penais. Já no crime continuado, cada um dos fatos goza de independência para configuração do crime.

Três são as principais vertentes doutrinárias que debatem a natureza jurídica da continuidade delitiva: (a) a teoria da unidade real concebe como um crime único as várias condutas que individualmente já seriam infrações penais; (b) a teoria da ficção jurídica, posição majoritária na doutrina e Jurisprudência, em que o crime continuado é modalidade de concurso de crimes e não existiria obstáculo para se reconhecer como crimes da mesma espécie os que ofendem o mesmo bem jurídico (pela teoria, as várias ações levadas a efeito pelo agente são consideradas como um único delito apenas fictamente) e; por fim, (c) a teoria mista reconhece no crime continuado um terceiro crime, fruto do próprio concurso (não é uma unidade real, nem uma ficção, mas uma figura própria, unidade jurídica autônoma).

Os requisitos legais dessa modalidade de concurso estão estampados no artigo 71 do Código Penal. Assim, surgem como requisitos legais: a) mais de uma ação ou omissão; b) prática de dois ou mais crimes, da mesma espécie; e que c) os crimes subsequentes devem ser havidos como continuação do primeiro.

As consequências do reconhecimento da continuidade também estão no dispositivo: a) aplicação da pena de um só dos crimes, se idênticas, aumentada de um sexto a dois terços; b) aplicação da mais grave das penas, se diversas, aumentada de um sexto a dois terços; c) nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, aplicação da pena de um só dos crimes, se idênticas, aumentada até o triplo; e d) nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, aplicação da mais grave das penas, se diversas, aumentada até o triplo.

Há bastante divergência sobre a definição de crimes da mesma espécie e o debate referente à unidade de desígnio.

Para uma primeira orientação, crimes da mesma espécie são aqueles que possuem o mesmo bem juridicamente protegido, ou seja, roubo e furto permitiriam o reconhecimento

da continuidade. De outro lado, há posição que advoga no sentido de que crimes da mesma espécie são somente aqueles que possuem a mesma tipificação penal.

Por ser entendimento mais favorável (permitir a incidência da causa de aumento, ao revés de somar as penas dos crimes), deve ser defendida a posição mais abrangente e benéfica, no sentido de que a mesma espécie envolve crimes com o mesmo bem juridicamente resguardado. Saliente-se que o posicionamento mais recente da Jurisprudência dos tribunais superiores é no sentido da impossibilidade de reconhecimento do fenômeno da continuidade delitiva entre delitos situados em tipos penais diversos.

Em relação ao crime continuado, há três teorias que tratam do tema: a) teoria objetiva, b) teoria subjetiva; e c) teoria objetiva-subjetiva.

Para a teoria objetiva, basta que estejam presentes objetivamente os requisitos legais (condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes), sendo irrelevante para a teoria a existência de unidade de desígnios, ou seja, relação de contexto entre infrações penais. Na teoria subjetiva, o que interessa é a relação de contexto entre as infrações, não interessando em nada os requisitos de tempo, lugar e maneira. Aqui o prevalente é que os atos criminosos subsequentes estejam ligados com o primeiro. Por fim, a teoria objetiva--subjetiva, como o nome denota, exige as condições objetivas e o dado subjetivo.

Veja-se que a adoção da teoria vai refletir na incidência ou não do critério exasperador do instituto no caso concreto. Boa parte da doutrina advoga a tese de que a teoria objetivo-subjetiva é a que melhor se enquadra no modelo penal brasileiro, pois possibilita uma autêntica diferença entre o concurso material e o crime continuado. O debate é intenso, sobretudo porque o item 59 da exposição de motivos da parte geral do código expressamente consigna a adoção da teoria objetiva. Na Jurisprudência, há predileção pela adoção da teoria objetivo-subjetiva.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte 1. 17 . ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Greco, Rogério. Código Penal: comentado. 2. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009. p.152/157.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

No delito habitual, é a reiteração de ações que constituiu a conduta típica, a qual somente se considera inteiramente consumada com o cometimento da última ação. (STJ, REsp 705.334/RS, Rel Min. Gilson Dipp, 5ª T., 19/5/2005).

Habeas Corpus. 2. Continuidade delitiva dos crimes de roubo e furto. Impossibilidade. Espécies distintas. 3. Constrangimento ilegal não evidenciado. 4. Ordem denegada. HC 97057, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 03/08/2010, DJe-164 DIVULG 02-09-2010 PUBLIC 03-09-2010 EMENT VOL-02413-03 PP-00488.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. ROUBO E EXTORSÃO. PLEITO DE RECONHECIMEN-

TO DE CRIME CONTINUADO. IMPOSSIBILIDADE. CRIMES DE ESPÉCIES DIFERENTES. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA. [...] 3. Nos termos do art. 71 do Código Penal, o delito continuado configura-se quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, comete mais de um crime da mesma espécie e os delitos guardem conexão no que diz respeito ao tempo, ao lugar, à maneira de execução e a outras características que façam presumir a continuidade delitiva. 4. É firme o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça no sentido da impossibilidade do reconhecimento da continuidade delitiva entre os crimes de roubo e extorsão, pois são infrações penais de espécies diferentes, que têm definição legal autônoma e assim devem ser punidos. Precedentes. 5. Ordem de habeas corpus não conhecida. STJ - HC: 281130 SP 2013/0363712-4, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 25/03/2014, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 31/03/2014.

A jurisprudência acrescentou aos requisitos objetivos supramencionados um critério de ordem subjetiva, consistente na demonstração de que uma conduta é subsequência – prevista e organizada – da outra. Teoria objetiva-subjetiva. Precendetes. AgRg nos EDcl no REsp 1.110.936/PR, 5ª T., rel. Marco Aurélio Belizze, 11.02.2014, DJe 26.02.2014.

Crime continuado: conceito puramente objetivo da lei brasileira: relevância de dados subjetivos restrita a fixação da pena unificada. 1. O direito brasileiro, no art. 71 da nova Parte Geral, de 1984, do C. Penal, persistiu na concepção puramente objetiva do crime continuado: a alusão, na definição legal do instituto, a "outras circunstancias semelhantes" aquelas que enumerou - "de tempo, lugar e modo de execução" - só compreende as que, como as ultimas, sejam de caráter objetivo, não abrangendo dados subjetivos dos fatos. 2. Viola o art. 71 C. Pen. o acórdão que, embora reconhecendo a concorrência dos elementos da caracterização objetiva do crime continuado, que nele se adotou, nega, porem, a unificação das penas, a base de circunstancias subjetivas, quais os antecedentes do acusado ou a ausência da unidade de desígnio. 3. A algumas circunstancias subjetivas fez concessão o parágrafo único do art. 71 C. Pen., não para a identificação do crime continuado, mas apenas para o tratamento penal mais rigoroso, nas hipóteses ali previstas. 4. HC parcialmente deferido para reconhecer a continuação dos crimes, mas remeter ao juízo da execução a correspondente fixação da pena unificada. STF - HC: 68661 DF, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 27/08/1991, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 27-09-1991.

GABARITO DA BANCA EXAMINADORA:

- Gabarito: 1. Apresentação e estrutura textual (legibilidade, respeito às margens e indicação de parágrafos). 2 - Desenvolvimento do tema. 2.1 - Conceito de crime habitual e crime continuado / Distinção. 2.2 - Teorias acerca do crime continuado. 2.3 - Requisitos para o reconhecimento judicial do crime continuado e respectivos efeitos.

CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO

DPE/SE - 2005 - CESPE

Bruno e Caio, mediante prévio ajuste, adentraram em uma residência, visando a prática de um furto. No decorrer da prática delituosa, ambos foram surpreendidos pela chegada da polícia, sendo Caio preso em flagrante ainda no local do crime, enquanto Bruno conseguiu evadir-se, levando consigo os objetos subtraídos. Na delegacia de polícia, foi formalizado auto de prisão em flagrante, ocasião em que Caio individualizou Bruno, o

qual, não obstante as diligências policiais, não foi encontrado. Diante da situação hipotética apresentada acima, redija um texto dissertativo, que: 1. individualize as condutas de Caio e Bruno e classifique os tipos de furto por eles praticados, se tentado ou consumado, justificando sua resposta; 2. indique e conceitue os requisitos indispensáveis à caracterização do concurso de pessoas.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

Existirá concurso sempre quando duas ou mais pessoas concorrerem para a prática de uma mesma infração penal. Deve ser lembrado que a colaboração recíproca pode ocorrer tanto nos casos em que são vários os autores, bem como naqueles em que existem autores e partícipes.

Em relação ao acusado Bruno, diante de sua evasão do local da ação criminosa com patrimônio alheio, é possível imputar a ele o crime em sua modalidade consumada. Isso ocorre pelo fato de que na conduta praticada se reuniram todos os elementos da definição legal do crime (art. 14, I, do Código Penal).

Já no que toca ao indivíduo Caio, preso pela polícia em flagrante, a individualização da conduta deve apontar para o incurso no crime de furto em sua modalidade tentada. Estão presentes todos os elementos da tentativa: início da execução e não ocorrência da consumação do delito por circunstâncias alheias à vontade do agente (art. 14, II, do Código Penal), visto que, ainda dentro do local, foi impedido de subtrair os bens pela ação policial.

Tratando-se de uma prisão em flagrante realizada ainda no local do crime (e que estamos respondendo a uma questão para ingresso na Defensoria Pública), apropriado defender que, em relação a Caio, o crime ocorre na sua modalidade tentada, em função da melhor teoria para definir a consumação nos crimes patrimoniais.

São quatro as mais relevantes: 1) Contretactio: consumado o furto quando o agente simplesmente tocava na coisa com a finalidade de subtraí-la, não precisava obter êxito; 2) Illactio: entende que a consumação do furto exige, para sua configuração, o fato de conseguir o agente levar o objeto ao lugar que era destinado; 3) Amotio: o momento da consumação do furto ocorre quando a coisa passa ao poder do agente; e 4) Ablatio: quando a coisa, além de apreendida pelo agente, é transportada de um lugar para o outro.

Atualmente, a Jurisprudência dominante é no sentido de que o crime de furto se consuma no momento em que o agente se torna possuidor da coisa subtraída, sendo prescindível que o objeto tenha saído da esfera de vigilância da vítima.

Muito embora essa seja a visão dominante, aduza-se acerca do posicionamento doutrinário divergente, no sentido de que somente se pode concluir pela consumação do crime quando o bem é retirado da esfera de disponibilidade da vítima e ingressa na posse tranquila do agente.

Por fim, a doutrina aponta como requisitos para o concurso de pessoas: a) a pluralidade de agentes e condutas; b) relevância causal de cada conduta; c) identidade da infração penal; e d) liame subjetivo entre os agentes.

Alguns requisitos são de entendimento intuitivo. De outro lado, destaca-se o que diz respeito à relevância causal das condutas praticadas por aqueles que, de alguma forma, concorrem para o crime. O que deve ficar evidenciado é que, embora um agente possa querer contribuir, a ausência de relevância de sua conduta poderá excluir que seja responsabilizado penalmente.

Exemplo clássico é o agente que empresta uma arma para alguém cometer um homicídio, mas o executor muda de ideia sobre utilizar o artefato e decide realizar seu intento criminoso com veneno. O agente que cedeu a arma de fogo inicialmente não será penalmente responsabilizado pelo resultado.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

Nucci, Guilherme de Souza. Código penal comentado – 15. Ed. rev., atual e ampl.- Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.314.

Greco, Rogério. Curso de Direito Penal I. 10ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p.428.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. FURTO. MOMENTO CONSUMATIVO. POSSE MANSA E PACÍFICA DA RES FURTIVA. DESNECESSIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Ainda que ocorra a perseguição imediata do agente e se recupere a res, tem-se como consumado o delito de furto, com a anterior retirada da posse ou da propriedade do bem à vítima. Doutrina (evolução). 2. A jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal é de que o crime de furto se consuma no momento em que o agente se torna possuidor da coisa subtraída, ainda que haja imediata perseguição e prisão, sendo prescindível que o objeto subtraído saia da esfera de vigilância da vítima. Jurisprudência do STF (evolução). 3. Recurso especial provido a fim de cassar a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro para restabelecer a sentença penal condenatória proferida em primeiro grau. 6ª Turma. REsp 1464153/RJ, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 18/11/2014

Furto. Crime consumado (momento). Tentativa (reconhecimento).1. Diz-se consumado o furto quando o agente, uma vez transformada a detenção em posse, tem a posse tranqüila da coisa subtraída. 2. Segundo o acórdão recorrido, "em nenhum momento o réu deteve aposse tranqüila da res furtiva, porquanto foi imediatamente perseguido e capturado pelos policiais militares que efetuavam patrulhamento no local" 3. Caso, portanto, de crime tentado, e não de crime consumado. 4. Recurso especial do qual se conheceu pelo dissídio, porém ao qual se negou provimento. Decisão por maioria de votos. 6ª Turma. REsp 663.900/RS. Rel. Min. Hélio Quáglia Barbosa, julgado em 16/12/2004.

IMPUTABILIDADE PENAL

DPE/SE - 2005 - CESPE

De acordo com a doutrina, são três os critérios ou sistemas de aferição de inimputabilidade. Nesse contexto, redija um texto dissertativo, que: 1.indique e conceitue esses três

sistemas; 2.explicite aquele adotado como regra no Código Penal; 3.identifique o critério admitido, como exceção, ante a menoridade penal.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

O conceito analítico do crime envolve três substratos: o fato típico, a ilicitude e a culpabilidade. No terceiro substrato – culpabilidade –, de acordo com a teoria finalista da ação, desenvolvida por Hans Welzel, adota-se a teoria normativa pura, sendo seus elementos a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

O Código Penal optou por não definir a imputabilidade, limitando-se a apontar as hipóteses nas quais há sua ausência, ou seja, os casos de inimputabilidade penal: arts. 26, caput; 27; e 28, §1º.

De acordo com a doutrina, a imputabilidade é a capacidade mental, inerente ao ser humano, de, ao tempo da ação ou da omissão, entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento. A capacidade de culpabilidade apresenta dois momentos específicos: um cognoscivo ou intelectual; e outro volitivo ou de vontade, isto é, a capacidade de compreensão do injusto e a determinação da vontade conforme essa compreensão, acrescentando-se que somente os dois momentos, conjuntamente, constituem a capacidade de culpabilidade. Assim, a imputabilidade é o conjunto de condições pessoais que confere ao sujeito ativo a capacidade de discernimento e compreensão para entender seus atos e determinar-se conforme esse entendimento.

A doutrina reconhece três sistemas definidores dos critérios fixadores da inimputabilidade ou culpabilidade diminuída: a) biológico; b) psicológico; c) biopsicológico. Na Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, o Ministro Francisco Campos, justificando a opção legislativa, conceitua cada um desses sistemas.

O sistema biológico condiciona a responsabilidade à saúde mental, à normalidade da mente. Se o agente é portador de uma enfermidade ou possui grave deficiência mental, deve ser declarado irresponsável, sem necessidade de ulterior indagação psicológica. Desse modo, este critério considera apenas o desenvolvimento mental do agente, não importando sua capacidade de entendimento e autodeterminação no momento da conduta.

O método psicológico, por sua vez, não indaga se há uma perturbação mental; declara a irresponsabilidade se, ao tempo do crime, estava abolida no agente, seja qual for a causa, a faculdade de apreciar a criminalidade do fato (momento intelectual) e de determinar-se de acordo com essa apreciação (momento volitivo). Esse critério analisa a capacidade de entendimento e autodeterminação do agente no momento da conduta, sendo dispensado o exame de sua capacidade mental.

Finalmente, o método biopsicológico é a reunião dos dois primeiros: a responsabilidade só é excluída se o agente, em razão de enfermidade ou retardamento mental, era, no momento da ação, incapaz de entendimento ético-jurídico e autodeterminação. Em outras palavras, o sistema averigua não apenas o desenvolvimento mental do agente, mas também sua capacidade de entendimento e autodeterminação no momento da conduta.

O Direito Penal brasileiro adota, como regra geral, o sistema biopsicológico (art. 26, caput; e 28, §1º, ambos do CP), tendo em vista que considera isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, ou por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Portanto, não basta ser portador de doença mental ou estar embriagado. Ao tempo da conduta, o agente deve ser inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento.

A consequência penal da adoção do critério biopsicológico em razão de anomalia psíquica é a absolvição imprópria, isto é, a absolvição com a imposição de medida de segurança. No ponto, vale mencionar que o arts. 26, parágrafo único; e 28, §2º, ambos do Código Penal, não trazem hipótese de inimputabilidade, mas de imputabilidade com responsabilidade penal diminuída, a chamada semi-imputabilidade.

Ela ocorre quando o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, ou por embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior, não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Constatada a semi-imputabilidade, o juiz possui a faculdade de diminuir a pena ou substituí-la por medida de segurança, de acordo com o sistema vicariante.

Oportuno ressaltar que, nas hipóteses de dependência ou de indivíduo sob o efeito de droga, proveniente de caso fortuito ou força maior, é isento de pena o agente que, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, for inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, incidindo os arts. 45 e 46 da Lei nº 11.343/06, norma específica aplicável em detrimento do Código Penal.

Como exceção, o ordenamento jurídico brasileiro prevê o sistema biológico para a hipótese do menor de dezoito anos (art. 27 do CP). Assim sendo, os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial: o Estatuto da Criança e do Adolescente. Desta forma, o menor de dezoito anos é sempre inimputável, não importando sua capacidade de entendimento e autodeterminação no momento da conduta, presumindo-se, de forma absoluta, o seu desenvolvimento mental incompleto.

Muito se discute a respeito da possibilidade de reduzir a maioridade de 18 para 16 anos. Já foram apresentadas diversas propostas de Emenda Constitucional com tal desiderato, mas até agora nenhuma foi aprovada. Como se sabe, a inimputabilidade do menor de dezoito anos está prevista na Constituição da República, em seu artigo 228, havendo duas posições: a) a maioridade penal de 18 anos configura cláusula pétrea implícita, não podendo ser alterada, por conseguinte, nem mesmo por Emenda Constitucional, por se consubstanciar em redução de garantia constitucional (a redução somente seria possível com a advento de uma nova Constituição, fruto do Poder Constituinte originário); b) para a redução, é suficiente uma Emenda Constitucional, por não se tratar a maioridade penal cláusula pétrea, mas sim de norma constitucional inserida no capítulo inerente à família, à criança, ao adolescente e ao idoso.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, volume I: parte geral. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 350/362.

MASSON, Cleber. Direito Penal Esquematizado – Parte geral – vol. 1 / Cleber Masson. – 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. p. 504/507.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 46 DA LEI N.º 11.343/2006. RECONHECIMENTO DA DEPENDÊNCIA QUÍMICA. LAUDO PERICIAL. AUSÊNCIA. DESCONSTITUIÇÃO DA DECISÃO APONTADA COMO COATORA. INVIABILIDADE. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. A par de o impetrante não ter se utilizado, na espécie, do recurso previsto na legislação ordinária para a impugnação da decisão, em homenagem à garantia constitucional constante do art. 5º, inciso LXVIII, foram analisadas as questões suscitadas na inicial para verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanado mediante a concessão de habeas corpus de ofício, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal. 2. **Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em tema de "inimputabilidade (ou semi-imputabilidade), vigora, entre nós, o critério biopsicológico normativo. Assim, não basta simplesmente que o agente padeça de alguma enfermidade mental (critério biológico), faz-se mister, ainda, que exista prova (v.g. perícia) de que este transtorno realmente afetou a capacidade de compreensão do caráter ilícito do fato (requisito intelectual) ou de determinação segundo esse conhecimento (requisito volitivo) à época do fato, i.e., no momento da ação criminosa" (HC n.º 55.230/RJ, Relator o Ministro Felix Fischer, DJ 1º/8/2006).** *3. Ademais, para se chegar a conclusão diversa quanto à imputabilidade do paciente, seria necessário o reexame dos elementos fático-probatórios dos autos, o que é vedado em habeas corpus. O que sempre sustentei e sustento é que o habeas corpus é antídoto de prescrição restrita, que se presta a reparar constrangimento ilegal evidente, incontroverso, indisfarçável, que se mostra de plano ao julgador. Não se destina à correção de controvérsias ou de situações que, ainda que existentes, demandam para sua identificação, aprofundado exame de fatos e provas. Precedentes. 4. Agravo regimental a que se nega provimento."STJ - AgRg no HC 237695 / MS – Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE – QUINTA TURMA – Julgado em 27/08/2013 – DJe: 03/09/2013*

LEI MARIA DA PENHA

DPE-ES - 2012 - CESPE

Celso, inconformado com o processo de separação judicial iniciado a pedido de sua esposa, Joana, com quem fora casado sob o regime de comunhão parcial de bens, passou **a** ameaçá-la, de forma grave, e à filha menor do casal, além de importuná-las diuturnamente, forçando o restabelecimento da relação conjugal, o que resultou na imposição pelo juízo competente, a requerimento da ofendida, das seguintes medidas protetivas de urgência: afastamento do lar, proibição de aproximação da ofendida, com fixação de limite mínimo de distancia entre esta e o agressor, vedação de contato com a ofendida

por qualquer meio de comunicação, e proibição de visitas à dependente menor, com a determinação do dever de prestar alimentos provisionais ou provisórios. Ao receber intimação pessoal das aludidas medidas, Celso, furioso, dirigiu-se até o imóvel onde residira com a família e, de posse de uma cópia antiga da chave do imóvel, retirou, mediante grave ameaça, alguns bens móveis valiosos, como jóias, e algumas roupas da ex-mulher, tendo declarado que aqueles bens lhe pertenciam por direito. O fato foi notificado ao juízo competente. Com base na situação hipotética apresentada, redija texto dissertativo, respondendo, de forma fundamentada, às indagações que se seguem: 1- Resta caracterizada, na situação, violência patrimonial nos termos da legislação que trata de violência doméstica ? 2- Que condutas praticadas por Celso caracterizam, em tese, ilícito penal ? 3- No caso em exame, incidem as imunidades absolutas e (ou) relativas ?

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

Em relação ao indagado no item 1, não há duvida de que restou caracterizada a situação de violência patrimonial nos termos da Lei Maria da Penha. A situação fática atrai a incidência da legislação por expressa previsão no artigo 7º, IV, da Lei nº 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha.

A violência patrimonial pode ser entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades.

A violência é configurada porque o homem, inconformado com o processo de separação em curso, causou lesão, inclusive a patrimonial, no âmbito da família, tendo o agressor convivido anteriormente com a ofendida. Configura-se violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, nos termos do art. 5º da Lei Maria da Penha.

Convém contextualizar o viés protetivo da legislação editada, sua constitucionalidade à luz da vulnerabilidade das mulheres que sofrem os tipos de violência que a legislação objetivou reprimir. A constitucionalidade da lei Maria da penha já foi declarada pelo STF. Assentou a corte que, para frear a violência doméstica, não se revela desproporcional ou ilegítimo o uso do sexo como diferenciação. A mulher é eminentemente mais vulnerável quando se trata de constrangimentos físicos, morais e psicológicos no âmbito privado.

Na seara internacional, a lei atende ao dever do Estado de prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, na forma do compromisso assumido no artigo 7º, "c", da convenção de Belém do Pará.

No item 2, há dois tipos penais. O primeiro é o delito de ameaça, previsto no art. 147 do Código Penal, tendo em vista a informação de que "passou a ameaçá-la, de forma grave, e à filha menor do casal, além de importuná-las diuturnamente, forçando o restabelecimento da relação conjugal".

Formalmente, a tipicidade penal encontra-se preenchida pela conduta do agressor. A uma porque a ameaça proferida, segundo o enunciado, é grave, não existindo margem ao candidato para discutir essa informação; e a duas porque o motivo dos seus atos é obter, a partir do uso de ameaças contra sua ex-mulher, a reconciliação do relacionamento findo, o que evidencia o caráter injusto de sua conduta.

O segundo tipo penal é o de roubo, previsto no art. 157 do Código Penal, conforme o trecho que aduz que "dirigiu-se até o imóvel onde residira com a família e, de posse de uma cópia antiga da chave do imóvel, retirou, mediante grave ameaça, alguns bens móveis valiosos, como jóias, e algumas roupas da ex-mulher".

O incurso formal no crime de roubo igualmente encontra-se presente, pois o acusado subtraiu coisa alheia (a questão registra a retirada de bens de sua ex-mulher), com a especializante do crime de roubo: a grave ameaça.

Por último, cabe analisar se há espaço para incidências das imunidades absolutas ou relativas. Analisando a literalidade do próprio artigo que disciplina ambas as imunidades, já seria possível chegar a resposta correta pela não incidência de nenhuma delas.

Note-se que mesmo nos casos de violência patrimonial do art. 7º, IV, da Lei Maria da Penha, continua a haver incidência das imunidades absolutas e relativas, desde que não se insira a hipótese nas causas de impedimento previstas no artigo 183 do Código Penal. A não incidência não se relaciona, neste particular, à atração da lei protetiva.

O capítulo VIII do título II do Código Penal traz o artigo 181 e seguintes, dispositivos em que cuidou o legislador das denominadas imunidades pessoais de caráter pessoal. As absolutas isentam o agente de pena, sendo conhecidas como escusas absolutórias, enquanto as relativas condicionam a ação penal a representação do ofendido ou de seu representante legal.

A existência das referidas imunidades se explica por razão de natureza político-criminal, apontando-se como preponderante o interesse familiar em detrimento da persecução penal às infrações enquadradas nas hipóteses legais.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

Habib, Gabriel. Leis penais especiais. Tomo III. Bahia: Editora JusPodium, 2015. p.194

Nucci, Guilherme de Souza. Código penal comentado – 15. Ed. rev., atual e ampl.- Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.1.017.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

Nos casos de ato infracional equiparado a crime contra o patrimônio, é possível que o adolescente seja beneficiado pela escusa absolutória prevista no art. 181, II, do CP. Com efeito, tendo em mente que, nos termos do art. 103 do ECA, ato infracional é a conduta descrita como crime ou contravenção penal, é possível a aplicação de algumas normas penais na omissão do referido diploma legal, sobretudo na hipótese em que se mostrarem mais bené-

ficas ao adolescente. Ademais, não há razoabilidade no contexto em que é prevista imunidade absoluta ao sujeito maior de 18 anos que pratique crime em detrimento do patrimônio de seu ascendente, mas no qual seria permitida a aplicação de medida socioeducativa, diante da mesma situação fática, ao adolescente. **STJ, 6ª Turma, HC 251681, j. 03/10/2013**

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI Nº 11.340/06 – GÊNEROS MASCULINO E FEMININO – TRATAMENTO DIFERENCIADO. O artigo 1º da Lei nº 11.340/06 surge, sob o ângulo do tratamento diferenciado entre os gêneros – mulher e homem –, harmônica com a Constituição Federal, no que necessária a proteção ante as peculiaridades física e moral da mulher e a cultura brasileira. COMPETÊNCIA – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI Nº 11.340/06 – JUIZADOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. O artigo 33 da Lei nº 11.340/06, no que revela a conveniência de criação dos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher, não implica usurpação da competência normativa dos estados quanto à própria organização judiciária. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER – REGÊNCIA – LEI Nº 9.099/95 – AFASTAMENTO. O artigo 41 da Lei nº 11.340/06, a afastar, nos crimes de violência doméstica contra a mulher, a Lei nº 9.099/95, mostra-se em consonância com o disposto no § 8º do artigo 226 da Carta da República, a prever a obrigatoriedade de o Estado adotar mecanismos que coíbam a violência no âmbito das relações familiares. ADC 19, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/02/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 28-04-2014 PUBLIC 29-04-2014.

GABARITO DA BANCA EXAMINADORA:

- Gabarito: 1. Existência de violência patrimonial contra a mulher nos termos da legislação de violência doméstica. 2. Caracterização formal dos delitos de ameaça e roubo. 3. Incidência das escusas absolutórias absolutas ou relativas, impossibilidade, grave ameaça.

PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL

DPE/RR - 2013 - CESPE

Discorra sobre o princípio do NE BIS IN IDEM, ou NON BIS IN IDEM, abordando, necessariamente, os seguintes aspectos: 1- conceito e finalidade do princípio, 2- conteúdo de natureza material ou substancial do princípio, 3- distinção entre o referido princípio e o princípio da valoração integral do fato, ou valoração global do fato, no concurso de normas.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

Os princípios, espécies de normas jurídicas ao lado das regras, podem ser definidos como "mandados de otimização", na esteira da doutrina de Robert Alexy, devendo ser aplicados na maior medida possível, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas, resolvendo-se eventual conflito por meio da ponderação.

O princípio do NE BIS IN IDEM ou NON BIS IN IDEM, especificamente, consiste na proibição de dupla imputação pelo mesmo fato, tendo como finalidade infranqueável limite ao poder punitivo do Estado. A doutrina ensina que o princípio em questão possui três vertentes: 1. Processual, no sentido de que ninguém pode ser processado duas vezes pelo mesmo

crime; 2. Material, uma vez que ninguém pode ser condenado pela segunda vez em razão do mesmo fato; 3. Execucional, já que ninguém pode ser executado duas vezes por condenações referentes ao mesmo fato.

Em um enfoque material ou substancial, o princípio encontra fundamento nos valores da justiça e certeza das decisões, privilegiando o status de inocência, e se manifesta através da extraterritorialidade e do princípio da legalidade. Quanto ao aspecto processual, o princípio se manifesta na garantia da coisa julgada e no instituto da litispendência.

Sua fonte normativa encontra guarida no artigo 8º, 4, do Pacto de São José da Costa Rica, bem como no artigo 20 do Estatuto de Roma, ambos convenções internacionais ratificadas pelo Brasil. Na legislação interna, a temática encontra-se prevista de maneira indireta e mais ampla – visto que incide na aplicação da pena –, nos artigos 8º, 42 e 61 do Código Penal.

Muito se discute a respeito da inconstitucionalidade do artigo 8º do Código Penal, segundo o qual a pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas. Nota-se que o dispositivo sugere a duplicidade de punição, nos casos em que o agente já tenha cumprido pena no estrangeiro e venha a ser condenado no Brasil, pelo mesmo fato criminoso, por ele praticado fora do País, revelando-se questionável sua constitucionalidade.

Por sua vez, o artigo 42 do Código Penal dispõe sobre a detração, que visa impedir que o Estado abuse de poder-dever de punir, computando-se na pena definitiva o período de perda da liberdade ou de internação em momento anterior à sentença condenatória.

No que tange à aplicação da pena, é importante destacar que não se admite, por exemplo, o reconhecimento como agravante de uma circunstância que já funcione como elemento constitutivo, qualificadora ou causa de aumento do delito. A título elucidativo, não há que se falar na aplicação da agravante relacionada a crime praticado "contra mulher grávida" (art. 61, II, "h", CP) no crime de aborto, dado que a gravidez é pressuposto lógico para a própria possibilidade da interrupção da vida intrauterina.

Vale esclarecer que o STJ admite que, presentes duas qualificadoras, é possível que o magistrado utilize uma para qualificar o delito e a outra como agravante, tendo por escopo majorar a reprimenda na segunda fase de dosimetria, como pode acontecer no crime de homicídio qualificado.

Acrescente-se que o STJ editou a súmula 241, consolidando seu entendimento no sentido de que a reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial (referindo-se aos maus antecedentes do artigo 59 do Código Penal).

No ponto, importa ressaltar que o instituto da reincidência vem sendo questionado à luz do princípio do "non bis in idem" pela doutrina garantista e debatido na jurisprudência. Parte da doutrina assevera que o agravamento da segunda reprimenda em função da reincidência retroalimenta os efeitos criminógenos da primeira, renovando intermitentemente a seletividade do poder punitivo, restando incompatível com o princípio em apreço, na medida em que a punição anterior projeta sua sequelas para a nova pena, em vez de encerrá-las

em si, fulminando a garantia fundamental que assegura a intangibilidade da coisa julgada frente à lei e aplicando o direito penal do autor em detrimento do direito penal do fato.

No âmbito internacional, a Corte Interamericana dos Direitos Humanos, no caso Fermín Ramirez x Guatemala, sentença de 20/06/2005, entendeu que os dispositivos que agravam a pena em razão de ser o agente reincidente são contrários ao Pacto de São José da Costa Rica. No entanto, o STF, na contramão de tal posicionamento, se inclina pela constitucionalidade do instituto, com base no princípio da individualização da pena.

Por fim, no concurso de normas, diferencia-se o princípio do "non bis in idem" do princípio da valoração integral/global do fato: enquanto este diz respeito à valoração penal total da conduta, aquele figura como complementar da valoração global, sendo certo que o princípio da valoração global tem função de fundamento, enquanto que o "non bis in idem" desempenha a função de limite. Um princípio complementa o outro, fundindo-se no postulado normativo da proporcionalidade, derivando deste um conceito negativo, consubstanciado na proibição do excesso, e um positivo, qual seja, medida justa.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales.* **Madri: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 2001, p.112**

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 1, parte geral - arts. 1º a 120. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p.148.

MASSON, Cleber. Direito Penal Esquematizado – Parte geral – vol. 1 / Cleber Masson. – 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. p. 58-60.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros. São Paulo: Saraiva, 2013. p.198-199.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

"AGRAVANTE – REINCIDÊNCIA – CONSTITUCIONALIDADE – Surge harmônico com a Constituição Federal o inciso I do artigo 61 do Código Penal, no que prevê, como agravante, a reincidência." STF, RE 453000/ RS - Relator: Min. MARCO AURÉLIO - Julgamento: 04/04/2013.

"HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTE. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO EM PATAMAR MÁXIMO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA: FIXAÇÃO DA PENA-BASE E DEFINIÇÃO DO PERCENTUAL DE DIMINUIÇÃO. BIS IN IDEM. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS E DO REGIME PRISIONAL. POSSIBILIDADE DE REEXAME. ORDEM CONCEDIDA. 1. **A natureza e a quantidade do entorpecente foram utilizadas na primeira fase da dosimetria, para a fixação da pena-base, e na terceira fase, para a definição do patamar da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em um sexto. Bis in idem**. *Patamar de dois terços a ser observado. 2. Este Supremo Tribunal Federal assentou serem inconstitucionais a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a imposição do regime fechado para o início do cumprimento da pena, em caso de tráfico de entorpecente. Precedentes. 3. Ordem concedida para determinar a redução da pena imposta ao Paciente,*

com a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no patamar máximo de dois terços, e, de ofício, considerada a nova pena a ser imposta, o reexame dos requisitos para a a) substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e b) fixação do regime prisional." STF, HC 131918 / SP - Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA - Julgamento: 16/02/2016 - Órgão Julgador: Segunda Turma

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL FUNDAMENTADA. QUANTUM PROPORCIONAL. DUAS QUALIFICADORAS, SENDO UMA UTILIZADA COMO CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE NA SEGUNDA FASE DE DOSIMETRIA. FUNDAMENTO IDÔNEO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não admite a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio previsto no ordenamento jurídico. Contudo, nos casos de flagrante ilegalidade, a ordem poderá ser concedida de ofício. 2. É válida a majoração da pena-base, tendo em vista a presença de elementos que extrapolam consideravelmente os normais à espécie, consistentes na culpabilidade, circunstâncias e consequências do crime. 3. Apontaram as instâncias ordinárias que a morte se deu mediante verdadeira execução, sendo desferidos diversos disparos contra o ofendido, cuja residência foi arrombada pela manhã, demonstrando ousadia na presença de seu filho e de seu enteado, ambos em tenra idade, além da companheira grávida, os quais foram privados da figura paterna e do provedor de sua subsistência, acarretando traumas psicológicos indeléveis. 4. A fixação da pena-base em 15 (quinze) anos e 6 (seis) meses de reclusão, para o homicídio qualificado, revela-se proporcional e fundamentada, principalmente considerando as penas mínima e máxima cominadas a esse crime. 5. Além disso, **presentes 2 (duas) qualificadoras no delito de homicídio, é possível que o Magistrado utilize uma para qualificar o delito e a outra como agravante, para majorar a reprimenda na segunda fase de dosimetria***. 6. Habeas corpus não conhecido." STJ, HC 292108 / RS – Relator Ministro WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) - QUINTA TURMA – Julgamento: 03/02/2015 - DJe 09/02/2015*

GABARITO DA BANCA EXAMINADORA:

- Gabarito: 1 Apresentação e estrutura textual (legibilidade, respeito às margens e indicação de parágrafos), 2 Desenvolvimento do tema, 2.1 Conceito e finalidade do princípio do ne bis in idem, ou non bis in idem, 2.2 Conteúdo de natureza material ou substancial do princípio, 2.3 Distinção entre o princípio do ne bis in idem, ou non bis in idem, e o princípio da valoração integral do fato no concurso de normas.

DPE-SE - 2012 - CESPE

Disserte sobre o principio da bagatela imprópria, abordando necessariamente os seguintes aspectos: conceito de infração bagatelar imprópria; fundamentos e efeitos; distinção entre a infração bagatelar ou insignificante própria e o perdão judicial.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

Inicialmente, é importante delimitar os conceitos de infração bagatelar imprópria e infração bagatelar própria, que não se confundem.

A infração bagatelar própria (ou criminalidade de bagatela ou princípio da insignificância) é uma causa de exclusão da tipicidade fundamentada em valores de política criminal, que atua para limitar a incidência do tipo penal, restringindo a qualificação de condutas que se traduzem em insignificante lesão ao bem jurídico, relacionando-se, assim, ao princípio da fragmentariedade, desdobramento da intervenção mínima do Direito Penal.

Diante da falta de previsão legal no ordenamento jurídico pátrio, o STF estabeleceu quatro vetores para orientar a aplicação do princípio pelo julgador, quais sejam: mínima ofensividade da conduta; reduzida reprovabilidade social da ação; nenhuma periculosidade do comportamento do agente; e ínfima lesão ao bem jurídico tutelado. Nessas hipóteses, pode-se afastar liminarrnente a tipicidade penal porque, em verdade, o bem jurídico não chegou a ser lesado.

Por sua vez, a infração bagatelar imprópria (ou criminalidade de bagatela imprópria ou princípio da insignificância imprópria), que também não possui previsão legal, traduz a inexistência de legitimidade na imposição de pena nos casos em que, muito embora a infração penal esteja indiscutivelmente caracterizada, a aplicação da reprimenda se revele desnecessária e inoportuna.

Dessarte, o crime ou a contravenção penal surge como relevante para o Direito Penal, já que apresenta desvalor da conduta e do resultado, configurando-se o fato típico, ilícito, culpável e, a princípio, punível, porém, após a prática do fato, a pena se mostra desnecessária. Assim, ao "furto" de dez reais deve ser aplicado o princípio da insignificância, dado que o fato nasce irrelevante; ao "roubo" de dez reais, já que estão em jogo bens jurídicos sumamente importantes, como a integridade física, aplica-se o princípio da irrelevância penal do fato.

Nessa toada, diversos fatores conduzem ao afastamento da pena. À guisa de exemplificação: colaboração do agente com a justiça; personalidade ajustada ao convívio social, diante da primariedade e de bons antecedentes; reparação do dano causado à vítima; e reconhecimento da culpa.

Certo é que a análise da pertinência da bagatela imprópria deve ser realizada diante da situação fática, à luz do caso concreto analisado, e jamais no plano abstrato, tomando-se como base o princípio da necessidade da pena, previsto no artigo 59, caput, do Código Penal, em sua parte final, concluindo-se pela falta de interesse na fixação da pena diante das circunstâncias concomitantes e posteriores ao crime.

Nota-se, portanto, que o agente é regularmente processado e a apreciação do Juízo conduz à não aplicação da pena, o que descortina a natureza de causa de extinção da punibilidade do princípio. Assim, enquanto a bagatela própria pode ensejar a absolvição sumária (art. 397 do CPP) antes mesmo da instrução probatória, a bagatela imprópria deve se dar após o regular desenvolvimento do processo criminal, com efetiva análise das circunstâncias do fato pelo Poder Judiciário e, ao final, a conclusão e reconhecimento pela (des)necessidade da pena, a partir das peculiaridades do caso.

Registre-se que a bagatela imprópria tem como pressuposto a não incidência da bagatela própria, já que, logicamente, não há de se avançar ao questionamento a respeito da necessidade de uma punição se a ação é atípica.

No tocante ao perdão judicial, este é um instituto pelo qual o magistrado, não obstante a prática de um fato típico e antijurídico por um sujeito comprovadamente culpado, deixa de lhe aplicar, nas hipóteses taxativamente previstas em lei, o preceito sancionador cabível, levando em consideração determinadas circunstâncias que concorrem para o evento. Por exemplo, no delito de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária (artigo 121, §5º, do CP). Nos casos de perdão judicial, o Estado perde o interesse de punir. Portanto, o perdão judicial é um típico caso de bagatela imprópria, sendo, portanto, distinto da infração bagatelar própria.

A jurisprudência das Cortes Superiores ainda é bastante tímida e resistente na aplicação da bagatela imprópria. Trata-se de tese minoritária, com pouca repercussão jurisprudencial, havendo precedente do STJ reconhecendo tal tese doutrinária.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

MASSON, Cleber. Direito Penal Esquematizado – Parte geral – vol. 1 / Cleber Masson. – 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. p. 27-45.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, volume I: parte geral. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 21.

GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. *Roubo, insignificância e princípio da irrelevância penal do fato.* **Disponível em http://www.lfg.com.br.**

Luiz Flávio Gomes. Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 29.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

PENAL. HABEAS CORPUS. CÁRCERE PRIVADO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. PRINCÍPIO DA BAGATELA IMPRÓPRIA. IRRELEVÂNCIA PENAL DO FATO. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. AUSÊNCIA DE REQUISITOS SUBJETIVOS POSITIVOS. MAUS ANTECEDENTES. RECONHECIMENTO DA DESNECESSIDADE DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. I. **O reconhecimento do princípio da bagatela imprópria permite que o julgador, mesmo diante de um fato típico, deixe de aplicar a pena em razão desta ter se tornado desnecessária, diante da verificação de determinados requisitos**. *II. No vertente caso, o Tribunal a quo reconheceu a incidência do princípio da bagatela imprópria quanto ao crime de lesão corporal, tendo em vista que este se processa mediante ação penal pública condicionada. Contudo, deixou de aplicar o citado princípio para o crime de cárcere privado, por se tratar de delito que se processa através de ação penal pública incondicionada. III. A ação penal pública incondicionada não se submete ao juízo de oportunidade e conveniência da vítima para se manifestar sobre seu interesse na persecução penal do autor do fato criminoso. IV. Ademais, o paciente não reúne requisitos subjetivos positivos, pois foi condenado anteriormente por outros delitos igualmente graves, o que não permite o reconhecimento da desnecessidade da pena. V. Ordem denegada, nos termos do voto do Relator. 1.STJ - HC 222093 / MS – Relator Ministro GILSON DIPP – QUINTA TURMA – Data do Julgamento: 07/08/2012 - DJe 14/08/2012 - RSTJ vol. 228 p. 652*

GABARITO DA BANCA EXAMINADORA:

- Gabarito: 1- Apresentação e estrutura textual (legibilidade, respeito às margens e indicação de parágrafos). 2- Desenvolvimento do tema. 2.1 Conceito de infração bagatelar imprópria. 2.2 Fundamentos: princípio da irrelevância penal do fato e da desnecessidade de aplicação concreta da pena. Efeitos. 2.3 Distinção da infração bagatelar ou insignificante própria e do perdão judicial. 2.2 Fundamentos e efeitos: Princípio da irrelevância penal do fato. Na doutrina de referência nacional, encontra-se a seguinte preleção: "O princípio da irrelevância penal do fato tem como pressuposto a não existência de uma infração bagatelar própria, porque nesse caso teria incidência o princípio da insignificância. Mas se o caso era de insignificância própria e o juiz não a reconheceu, nada impede que incida a posteriori o princípio da irrelevância penal do fato. Há, na infração bagatelar imprópria, um relevante desvalor da ação assim como do resultado. O fato praticado é, por isso, em princípio, penalmente punível. Instaura-se processo contra o agente. Mas tendo em vista todas as circunstâncias do fato (concomitantes e posteriores ao delito) assim como o seu autor, pode ser que a pena se torne desnecessária." (Luiz Flávio Gomes. Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 29.). Quanto à desnecessidode de aplicação concreta da pena o Código Penal preconiza o seguinte: "Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime [...] (grifou-se). Na doutrina de referência nacional, encontra-se a seguinte lição: "O fundamento da desnecessidade da pena (leia-se: da sua dispensa) reside em múltiplos fatores: ínfimo desvalor da culpabilidade, ausência de antecedentes criminais, reparação dos danos, reconhecimento da culpa, colaboração com a justiça, o fato de o agente ter sido processado, o fato de ter sido preso ou ter ficado preso por um período etc. Tudo deve ser analisado pelo juiz em cada caso concreto. Lógico que todos esses fatores não precisam concorrer conjugadamente. Cada caso é um caso. Fundamental é o juiz analisar detidamente as circunstâncias do fato concreto (concomitantes e posteriores) assim como seu autor." (Luiz Flávio Gomes. Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 29). Em relação aos efeitos da incidência do princípio em exame. A jurisprudência dos tribunais superiores, com base nas lições doutrinárias, tem firmado entendimento que [...] o reconhecimento do princípio da bagatela imprópria permite que o julgador, mesmo diante de um fato típico, deixe de aplicar a pena em razão de esta ter-se tornado desnecessária." STJ: HABEAS CORPUS n.º 222.093 - MS (2011/0249226-0) Relator: Ministro Gilson Dipp. 2.3 Distinção da infração bagatelar ou insignificante própria e do perdão judicial. A insignificância própria afasta a tipicidade da conduta; a imprópria afasta a necessidade da reprimenda. A distinção com o perdão judicial. Além da discussão em torno da natureza desse, "[...] a concessão do perdão judicial é admissível tão somente nos casos expressamente elencados por lei" (Luiz Regis Prado. Comentários ao Código Penal. 7.ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 388). Acerca do tema conferir ainda as seguintes doutrinas de referência: Luiz Flávio Gomes. Infração bagatelar imprópria. MPMG Jurídico ano 2006, vol. 2, n. 6, p. 47 e Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira. O princípio bagatelar próprio e impróprio: conceito, classificação e aplicação [Jurisprudência comentada]. Fonte: Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal ano 2004, vol. 5, n. 26, p. 72-83.

TEORIAS DO DIREITO PENAL

DPE/AC - 2012 - CESPE

Discorra sobre a teoria da coculpabilidade e indique as consequências jurídico-penais de seu acolhimento no sistema penal brasileiro.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

A teoria da coculpabilidade, sistematizada por Eugenio Raul Zaffaroni, baseia-se na diferença de oportunidades encontrada na sociedade, decorrente da incapacidade de o Estado

efetivar direitos mínimos para uma vida digna. A desigualdade social dá ensejo à marginalização, o que reflete em um menor grau de autodeterminação daqueles menos favorecidos.

Por essa teoria, sugere-se a corresponsabilidade do Estado e da sociedade – por isso o termo "coculpabilidade" – pela prática de um delito por uma pessoa em situação de vulnerabilidade nas esferas política, econômica e social. Isso acarretaria, consequentemente, na menor reprovação social da conduta, podendo ser alegada como forma de defesa pelo acusado.

A sociedade, por melhor organizada que seja, não brinda a todos os indivíduos com as mesmas oportunidades. Em decorrência disso, há pessoas que possuem um menor âmbito de autodeterminação, condicionado, desta maneira, por causas sociais. Logo, não seria adequado atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade.

As consequências jurídico-penais de seu acolhimento no sistema penal brasileiro podem ser visualizadas na aplicação da pena. Como exemplos: a) aplicação da pena base para que seja fixada no mínimo legal (art. 59 do CP); b) atenuante inominada (art. 66 do CP); e c) inexigibilidade de conduta diversa, excluindo a culpabilidade.

A jurisprudência pátria não vem admitindo a aplicação da teoria da coculpabilidade. Aduz que essa teoria não encontra suporte normativo e que, não obstante a responsabilidade parcial do Estado na formação do cidadão, as desigualdades sociais, próprias dos sistemas capitalistas, não podem servir como estímulo aos indivíduos que preferem se enveredar para a vida criminosa a buscar um trabalho lícito na sociedade.

Sobre o tema, é importante, por fim, esclarecer a chamada teoria da coculpabilidade às avessas, desenvolvida com base em duas críticas ao sistema penal: 1. necessidade de afastamento da incriminação severa daqueles vulneráveis e marginalizados pela sociedade, podendo ser sustentada pela defesa para afastar, a título exemplificativo, a contravenção penal de vadiagem, aplicando-se as mesmas consequências da coculpabilidade; e 2. defesa de maior reprovação de crimes praticados por pessoas com elevado poder econômico e que se valem desta vantagem, prevalecendo-se das facilidades proporcionadas, como se verifica nos crimes de colarinho branco.

Com efeito, se os pobres, excluídos e marginalizados são merecedores de um abrandamento da resposta penal, visto que o caminho da prática de crimes pode se mostrar mais atrativo, então as pessoas ricas e detentoras de poder não possuem razão para cometerem delitos, sendo movidos por vaidade, desvios de caráter e ambição, justificando-se a imposição de pena de modo mais severo. Esta última vertente, contudo, deve ser afastada pela defesa no interesse do acusado. Se, de um lado, a coculpabilidade poderia ser admitida como, por exemplo, atenuante genérica inominada, a coculpabilidade às avessas, que trata de uma maior reprovação, não pode ser compreendida como agravante genérica, por dois motivos.

O primeiro deles é a falta de previsão legal, sendo certo que sua aplicação violaria frontalmente o princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX, da CRFB e art. 1º do CP). O segundo motivo é porque acabaria resultando em analogia "in malam partem", prejudicial ao réu. Importante registrar que há doutrina que sustenta a punição mais rígida na primeira fase de aplicação da pena, ou seja, na fixação da pena base, sendo a coculpabilidade às

avessas levada em consideração na análise das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal (conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime).

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral – 7ª edição. São Paulo: RT, 2007. V. 1, p. 525.

MASSON, Cleber. Direito Penal Esquematizado – Parte geral – vol. 1 / Cleber Masson. – 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. p. 498/499.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. ROUBO. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO. TESE NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. TESE DE CO-CULPABILIDADE. NÃO APRECIAÇÃO PELO JUIZ SINGULAR. AUSÊNCIA DE NULIDADE. SENTENÇA FUNDAMENTADA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA. I. Hipótese em que o impetrante aponta a ausência de fundamentação da sentença para fixar a pena-base acima do mínimo legal com base nos elementos de culpabilidade, conduta social, personalidade e comportamento da vítima. II. Não tendo o pleito sido submetido ao crivo do órgão colegiado do Tribunal a quo, haja vista que na ordem originária o impetrante alegou ocorrência de bis in idem decorrente do aumento da pena-base devido à reincidência, não pode ser o pedido conhecido por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância. III. **A teoria da co-culpabilidade, invocada pelo impetrante, no lugar de explicitar a responsabilidade moral, a reprovação da conduta ilícita e o louvor à honestidade, fornece uma justificativa àqueles que apresentam inclinação para a vida delituosa, estimulando-os a afastar da consciência, mesmo que em parte, a culpa por seus atos.** *IV. Não haveria como o juiz singular combater por argumentos jurídicos a tese lançada, primeiramente porque o atendimento do pleito é intrinsecamente inviável, e, por outro lado, porque para o exame e afastamento da proposição, o magistrado teria que demonstrar, na sentença, que o paciente não foi nocivamente contaminado por quaisquer influências externas ao decidir praticar seu delito. V. Não se verifica constrangimento ilegal se o juiz singular fundamentou devidamente a sentença com os elementos suficientes para a condenação, enfrentando todos os argumentos jurídicos explicitados. VI. Ordem parcialmente conhecida e denegada." STJ - HC 172505 / MG – Relator Ministro GILSON DIPP – QUINTA TURMA – Julgado em 31/05/2011 – DJe: 01/07/2011 (No mesmo sentido, HC 187132/MG – Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura – SEXTA TURMA – Julgado em 05/02/2013 – DJe: 18/02/2013)*

GABARITO DA BANCA EXAMINADORA:

- Gabarito: 1 Apresentação e estrutura textual (legibilidade, respeito as margens e indicação de parágrafos) 2 Desenvolvimento do tema 2.1 Teoria da coculpabilidade 2.2 Primeira consequência da aplicação da teoria 2.3 Segunda consequência da aplicação da teoria 2.4 Prazo para a apresentação das razoes de apelação.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

DPE/SE - 2012 - CESPE

Discorra sobre a ação civil pública, abordando necessariamente os seguintes aspectos: 1-legitimidade ativa da Defensoria Pública na tutela em juízo dos interesses individuais homogêneos, difusos e coletivos: lastro normativo; 2-condição de hipossuficiência nas ações coletivas; 3-defesa do consumidor; 4-proteção das crianças e adolescentes.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

A ação civil pública, inspirada nas class actions norte-americanas, foi introduzida no país através da Lei nº 7.347/85 para representar o papel de principal instrumento processual para a proteção jurídica dos interesses metaindividuais, na esteira da orientação contida na segunda onda renovatória do acesso à justiça (defendida na pesquisa liderada por Mauro Cappelletti).

Desfrutando de assento constitucional (art. 129 da CRFB), a ação civil pública busca tutelar todos os tipos de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos (ressalvados aqueles de índole constitucional-abstrato e tributários, bem como os relativos a fundos de arrecadação), através de legitimados extraordinários (pessoas jurídicas, públicas ou privadas, com ou sem personalidade jurídica, mas dotadas da missão de preservar os interesses metaindividuais) e com eficácia capaz de transcender os limites subjetivos da demanda (eficácia erga onmes ou ultra partes). Trata-se de um rito especial (em razão da existência de uma fase liminar), de natureza não criminal, que se utiliza da estrutura do procedimento comum previsto no CPC (art. 19 da lei da ação civil pública).

Por suas características de completude e generalização, entretanto, a ação civil pública serve de procedimento para ventilar todas as pretensões metaindividuais que não tenham rito próprio, da mesma maneira que funciona como fonte subsidiária para as demais ações coletivas, naquilo que for compatível. A interpretação conjunta da Lei da Ação Civil Pública (art. 21) com o Código de Defesa do Consumidor (art. 90) forma o núcleo básico daquilo que a doutrina chama de Teoria Geral da Tutela Coletiva. A ação civil pública pode perseguir qualquer tipo de tutela jurisdicional (declaratória, constitutiva ou condenatória), com vistas a obter uma adequada satisfação dos interesses metaindividuais.

A legitimidade para promover a ação civil pública é plúrima (disjuntiva) e concorrente. Dentre os legitimados extraordinários previstos está a Defensoria Pública, com atribuição para realizar o termo de ajustamento de conduta e para ajuizar a ação civil pública e a ação cautelar a ela vinculada. Pode também realizar um procedimento administrativo para colheita de provas, análogo ao inquérito civil. Importante destacar que a Defensoria Pública não tinha assento entre os legitimados na redação original normativa. Ocorre que desde 1990 o Código de Defesa do Consumidor já permitia que órgãos de defesa do consumidor da Defensoria Pública pudessem ajuizar essa espécie de ação coletiva.

Ao longo do tempo a legitimação da Defensoria Pública foi se ampliando, para além das causas relativas ao consumidor por entendimento doutrinário e jurisprudencial. Em 2007, a Lei nº 11.448 alterou o art. 5º da Lei da Ação Civil Pública para incluir a Defensoria Pública dentre os legitimados, sem vinculação temática. O objetivo, ao ampliar o elenco dos titulares para o exercício da ação civil pública, foi o de facilitar o acesso à justiça para todas as camadas da população, evitando a sua fragmentação e a banalização de suas decisões.

Não obstante, contra esse dispositivo foi ajuizada uma ação direta de inconstitucionalidade perante o STF. Essa demanda foi julgada improcedente integralmente, declarando-se não apenas a constitucionalidade da norma, mas também a possibilidade de a Defensoria Pública ajuizar ação civil pública para tutelar quaisquer tipos de interesses metaindividuais, em favor de quaisquer partes, independentemente da demonstração particular da hipossuficiência econômica dos legitimados originários, em observância da chamada hipossuficiência organizacional. De qualquer forma, a legitimidade da Defensoria Pública para propor ação civil pública foi consolidada na Constituição da República (art. 134), na Lei Complementar nº 80/94 (art. 4º, VII) e no CPC (art. 185).

Dois pontos fundamentais da atuação da Defensoria Pública na esfera coletiva são a tutela do consumidor e a proteção das crianças e adolescentes. Como já dito, a Defensoria Pública foi inserida no sistema da tutela coletiva através da previsão contida no art. 82, III, do Código de Defesa do Consumidor. Os conflitos de massa são, em grande parte, relacionados ao Direito do Consumidor, de modo que o tratamento coletivo dessas demandas promove uma facilitação do acesso à Justiça, com maior amplitude, efetividade e isonomia.

Da mesma forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente previu a tutela coletiva dos interesses metaindividuais das crianças e adolescente (arts. 208 e seguintes). Em ambos os casos, várias Defensorias Públicas do País possuem órgão especializados na defesa desses interesses, que aparecem com destaque no rol de funções institucionais da Lei Complementar 80/94 (art. 4º, VIII e XI).

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO NO JULGADO. INEXISTÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA COLETIVA DOS CONSUMIDORES. CONTRATOS DE ARRENDAMENTO MERCANTIL ATRELADOS A MOEDA ESTRANGEIRA. MAXIDESVALORIZAÇÃO DO REAL FRENTE AO DÓLAR NORTE-AMERICANO. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMIDADE ATIVA DO ÓRGÃO ESPECIALIZADO VINCULADO À DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO. I – O NUDECON, órgão especializado, vinculado à Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, tem legitimidade ativa para propor ação civil pública objetivando a defesa dos interesses da coletividade de consumidores que assumiram contratos de arrendamento mercantil, para aquisição de veículos automotores, com cláusula de indexação monetária atrelada à variação cambial. II - No que se refere à defesa dos interesses do consumidor por meio de ações coletivas, a intenção do legislador pátrio foi ampliar o campo da legitimação ativa, conforme se depreende do artigo 82 e incisos do CDC, bem assim do artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal, ao dispor, expressamente, que incumbe ao Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor. III – Reconhecida a relevância social, ainda que se tra-

te de direitos essencialmente individuais, vislumbra-se o interesse da sociedade na solução coletiva do litígio, seja como forma de atender às políticas judiciárias no sentido de se propiciar a defesa plena do consumidor, com a conseqüente facilitação ao acesso à Justiça, seja para garantir a segurança jurídica em tema de extrema relevância, evitando-se a existência de decisões conflitantes. Recurso especial provido" (STJ – 3ª Turma – REsp 555111/RJ – Rel. Min. Castro Filho, j. em 05/09/2006)

"PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COLETIVA. DEFENSORIA PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA. ART. 5º, II, DA LEI Nº 7.347/1985 (REDAÇÃO DA LEI Nº 11.448/2007). PRECEDENTE. 1. Recursos especiais contra acórdão que entendeu pela legitimidade ativa da Defensoria Pública para propor ação civil coletiva de interesse coletivo dos consumidores. 2. Esta Superior Tribunal de Justiça vem-se posicionando no sentido de que, nos termos do art. 5º,II, da Lei nº 7.347/85 (com a redação dada pela Lei nº11.448/07), a Defensoria Pública tem legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar em ações civis coletivas que buscam auferir responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. 3. Recursos especiais não-providos" (STJ – 1º Turma – REsp 912849/RS – Rel. Min. José Delgado, j. em 26/02/2008)

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA DADEFENSORIA PÚBLICA PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA (ART. 5º, INC. II, DA LEI N. 7.347/1985, ALTERADO PELO ART. 2º DA LEI N. 11.448/2007). TUTELA DE INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS (COLETIVOS STRITO SENSU E DIFUSOS) E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DEFENSORIA PÚBLICA: INSTITUIÇÃO ESSENCIAL À FUNÇÃO JURISDICIONAL. ACESSO À JUSTIÇA. NECESSITADO: DEFINIÇÃO SEGUNDO PRINCÍPIOS HERMENÊUTICOS GARANTIDORES DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E DA MÁXIMA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS: ART. 5º, INCS. XXXV, LXXIV, LXXVIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE NORMA DE EXCLUSIVIDAD DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELO RECONHECIMENTO DALEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE" (STF – Pleno - ADI 3943/DF – Rel. Min. Carmen Lúcia, j. em 07/05/2015)

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

ALMEIDA, Gregório Assagra. Curso de Direito Processual Coletivo Brasileiro. São Paulo: Saraiva.

CARVALHO FILHO, José dos Santos, Ação Civil Pública – Comentários por artigo (Lei nº. 7.347, de 24/07/85). Rio de Janeiro: Lumen Juris.

DIDIER JR, Fredie *et* ZANETI JR, Hermes. Curso de Direito Processual Civil – v. 4. Processo Coletivo, Salvador: Jus Podium.

DIDIER JUNIOR, Fredie; SOUZA, José Augusto Garcia de (coords.) Repercussões do Novo CPC, Vol. V (Defensoria Pública). Salvador: Juspodivm.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JR., Hermes (coords.) Repercussões do Novo CPC, Vol. VIII (Processo Coletivo). Salvador: Juspodivm.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Processo Coletivo. Salvador: Juspodivm.

GABARITO DA BANCA EXAMINADORA:

- Gabarito: 1- Apresentação e estrutura textual (legibilidade, respeita às margens e indicação de parágrafos). 2- Desenvolvimento da tema. 2.1 Legitimidade da defensoria pública na tutela em juízo dos interesses individuais homogêneos, difusos e coletivos: lastro normativa. 2.2 Condição de hipossuficiência nas ações coletivas. 2.3 Defesa do consumidor. 2.4 Tutela coletiva do direito das crianças e dos adolescentes.

DPE/RR - 2013 - CESPE

Por meio da Lei nº. 11.448/2007, a defensoria pública foi incluída no rol dos legitimados para o ajuizamento de ação civil pública para a defesa de interesses transindividuais. Considerando essa informação, atenda ao que se pede a seguir: 1- Esclareça se, antes da publicação da referida lei, a defensoria pública já detinha legitimidade para a propositura de ação civil pública. 2- Discorra sobre a extensão da legitimidade para o ajuizamento de ação civil pública assegurada à defensoria pública, esclarecendo se tal legitimidade se restringe à defesa exclusiva dos interesses transindividuais de pessoas carentes de recursos econômicos.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

Antes da edição da Lei nº 11.448/07 a doutrina sustentava que, por força do art. 82, III, do Código de Defesa do Consumidor, a Defensoria Pública poderia manejar ação coletiva em favor dos consumidores, mediante a atuação de seus órgãos (administração pública direta) especificamente destinados à defesa dos interesses do consumidor. Essa possibilidade era corroborada pela interpretação ampla ao art. 134, de forma que ao dispor acerca da "defesa" dos necessitados, incluía todos os instrumentos existentes no arcabouço jurídico pátrio, incluindo as ações civis públicas.

Desta forma, estar-se-ia garantindo o pleno e qualificado acesso à justiça, que não se confunde com simples acesso aos tribunais, mas de todo o supedâneo de medidas e instrumentos tendentes a garantir a qualidade de vida em comunidade com o pleno exercício da cidadania, permitindo, assim, que todos tivessem seus direitos respeitados

Acerca da extensão da legitimidade, o tema é controverso. Porém, com a nova roupagem constitucional dada a Defensoria Pública após a Emenda Constitucional 80/14, a legitimidade tende a ser reconhecida como ampla, podendo beneficiar, inclusive, quem não seja hipossuficiente econômico. Isto porque o texto constitucional estabelece a defesa dos necessitados (sem explicitar se do ponto de vista econômico) como função fundamental da Defensoria Pública, que deve ser reconhecida como função típica. Entretanto, não impede que outras funções sejam entregues ao seu mister, as quais poderão ser reconhecidas como funções atípicas.

Ademais, a interpretação do termo "necessitado" deve ser a mais ampla possível, pois versa sobre um direito fundamental, não cabendo interpretação restritiva. Assim, o termo pode ser entendido como sinônimo de vulnerabilidade, mormente de estrutura organizacional. Veja-se o exemplo de moradores de uma comunidade ribeirinha afetada pela poluição da bacia hidrográfica de onde retiram seu sustento, causada pela atividade econômica

grande indústria. Independentemente da situação econômica individual de cada morador, a comunidade é vulnerável, sendo certo que será benéfica a assistência e a atuação da Defensoria Pública na defesa de seus interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

ROGER, Franklyn; ESTEVES, Diogo. Princípios Institucionais da Defensoria Pública. São Paulo: Editora Forense, 2014, p. 355.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo.* **Vol. 4. 4ª ed. São Paulo: editora Podivm: 2009, p. 212.**

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

*AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. CONTAGEM DE PRAZO RECURSAL. INTIMAÇÃO PESSOAL. DEFENSORIA PÚBLICA. EXCEÇÃO AO ATUAL ENTENDIMENTO. INTERPOSIÇÃO DO RECURSO QUANDO AINDA NÃO ALTERADA A JURISPRUDÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. NECESSIDADE DE VISTO PELO DEFENSOR. TEMPESTIVIDADE DO RECURSO. "CAUSA DECIDIDA EM ÚLTIMA INSTÂNCIA". ESGOTAMENTO DOS RECURSOS ORDINÁRIOS. NÃO CABIMENTO DE EMBARGOS INFRINGENTES NA ESPÉCIE. NÃO INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO SUMULAR N. 207/STJ. CONHECIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. LEGITIMIDADE ATIVA. DEFESA COLETIVA DOS CONSUMIDORES. CONTRATOS DE ARRENDAMENTO MERCANTIL ATRELADOS A MOEDA ESTRANGEIRA. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMIDADE ATIVA DO ÓRGÃO ESPECIALIZADO VINCULADO À DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO. PRECEDENTES ESPECÍFICOS. 1. À época da interposição do recurso especial, o posicionamento firmado pelas Cortes Superiores acerca do início da contagem do prazo do Ministério Público ou da Defensoria Pública era de que se dava com a aposição do ciente pelo respectivo membro. Relevante modificação apenas ocorrida a partir do julgamento, pelo Tribunal Pleno do Pretório Excelso, do HC 83.255/SP, em 05/11/2003, cujo acórdão fora publicado em data bastante posterior à da interposição do apelo extremo. Reconhecimento da tempestividade do recurso. Provimento do Agravo regimental. 2. Com a atual redação do art. 530 do CPC (LF n. 10.352/01), não se mostravam cabíveis embargos infringentes contra acórdão que, por maioria, declarara a ilegitimidade "ad causam" da demandante, extinguindo o processo, sem resolução de mérito, por falta de condição da ação. Assim, descabido o não conhecimento do recurso especial pelo Tribunal de origem por pretenso não esgotamento dos recursos ordinários previstos na Legislação. Afastamento da incidência do enunciado sumular n. 207/STJ. Provimento do Agravo de Instrumento. 3. "**O NUDECON, órgão especializado, vinculado à Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, tem legitimidade ativa para propor ação civil pública objetivando a defesa dos interesses da coletividade de consumidores que assumiram contratos de arrendamento mercantil, para aquisição de veículos automotores, com cláusula de indexação monetária atrelada à variação cambial.**" GRIFEI (REsp n. 555.111/RJ, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/09/2006) AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO PARA DAR PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO E AO RECURSO ESPECIAL. (AgRg no AgRg no Ag 656.360/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/03/2011, DJe 24/03/2011)*

GABARITO DA BANCA EXAMINADORA:

- Gabarito: 1 Apresentação e estrutura textual (legibilidade, respeito às margens e indicação de parágrafos), 2 Desenvolvimento do tema, 2.1 Legitimidade da defensoria pública para o ajuizamento de ação civil pública antes do advento da Lei n.º 11.448/2007, 2.2 Extensão da legitimidade da defensoria pública para ajuizar ação civil pública

CAPACIDADE PROCESSUAL

DPE/TO - 2012 - CESPE

O Ministério Público ajuizou ação de destituição do poder familiar, tendo sido indeferido o pedido da defensoria pública de exercer a curadoria especial do menor. Ainda que o afastamento da curadoria não tenha implicado prejuízo aos interesses do menor, a defensoria pública reafirmou, em recurso, ser obrigatória a sua intervenção no processo na qualidade de curador especial. Nessa situação, é obrigatória a intervenção da defensoria pública na ação, na forma postulada? Justifique sua resposta com base no entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

A incapacidade processual deve ser suprida, em algumas situações (art. 72 do CPC), pela designação de um representante processual ad hoc denominado curador especial. Aduz a doutrina que o curador especial é representante judicial, e não material, isto é, sua atuação restringe-se aos limites do processo.

A curatela especial é sempre temporária com duração, no máximo, até o trânsito em julgado da decisão final. Contudo, é possível que ao longo da litispendência não seja mais necessária a integração da capacidade, em razão de fatos supervenientes, tais como a cessão da incapacidade.

A curatela especial será exercida em regra pela Defensoria Pública (art. 72, parágrafo único, do NCPC). Reproduz-se, desta feita, o disposto no art. 4°, XVI, da Lei Complementar n. 80/1994, que atribuiu, expressamente, as funções da curatela especial à Defensoria Pública. Somente se não houver Defensoria Pública na localidade deverá o juiz atribuir o múnus a "qualquer advogado, ex officio ou a requerimento da parte ou do Ministério Público", ou ainda, a qualquer pessoa capaz e alfabetizada.

No caso em tela, não obstante a supramencionada previsão do CPC, o STJ possui entendimento pacificado no sentido de que, em ação de destituição de poder familiar promovida pelo Ministério Público, a intervenção de Defensoria Pública se mostra desnecessária.

Conforme entendimento do STJ, compete ao Ministério Público, a teor do art. 201, III e VIII, da Lei nº 8.069/90 (ECA), promover e acompanhar o processo de destituição do poder familiar, zelando pelo efetivo respeito aos direitos e às garantias legais assegurados a crianças e adolescentes. Desta feita, resguardados os interesses da criança e do adolescente, não se justifica a nomeação de curador especial na ação de destituição do poder familiar. Ademais, o STJ aduziu que a Defensoria Pública, no exercício da curadoria especial, desempenha apenas uma função processual de representação do menor em juízo, que, nesse caso, é desnecessária, já que a criança nem sequer está litigando como parte.

Portanto, em virtude da competência expressa prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente ao Ministério Público, a intervenção da Defensoria Pública, no caso em tela, mostra-se incabível. Ademais, saliente-se que o STJ ventilou a possibilidade de uma legitimidade extraordinária autônoma da Defensoria Pública, de caráter concorrente, mas desde que configurada a omissão do MP.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO INCAPAZ DE ALTERAR O JULGADO. DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. MINISTÉRIO PÚBLICO. NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL DA DEFENSORIA PÚBLICA AOS MENORES. DESNECESSIDADE. ECA. ART. 201, INCISOS III E VIII. SÚMULA Nº 83/STJ. INCIDÊNCIA. JULGADO DE ACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL PEDIDO PARA PREVALÊNCIA DO ENTENDIMENTO ANTERIOR. IMPOSSIBILIDADE. 1. Compete ao Ministério Público, a teor do art. 201, III e VIII, da Lei nº 8.069/90 (ECA), promover e acompanhar o processo de destituição do poder familiar, zelando pelo efetivo respeito aos direitos e às garantias legais assegurados a crianças e adolescentes. 2. Resguardados os interesses da criança e do adolescente, não se justifica a nomeação de curador especial na ação de destituição do poder familiar. [...] (STJ, AgRg no REsp 1177622 RJ, rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgamento em 22/04/2014, Terceira Turma, DJ de 29/04/2014).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR PROMOVIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL DA DEFENSORIA PÚBLICA. DESNECESSIDADE. 1. Estando os interesses da criança e do adolescente resguardados pelo órgão ministerial, não se justifica a nomeação de curador especial da Defensoria Pública na ação de destituição do poder familiar (Precedentes desta Corte). 2. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no AREsp 408797 RJ, rel. Luis Felipe Salomão, julgamento em 20/05/2014, Quarta Turma, DJ de 28/05/2014).

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed.Salvador: JusPodivm, 2015.

GABARITO DA BANCA EXAMINADORA:

- Gabarito: 1. Apresentação e estrutura textual (legibilidade, respeito às margens e indicação de parágrafos). 2 - Desenvolvimento do tema. 2.1 - Menor é destinatário da proteção: função institucional do Ministério Público. 2.2 - Ausência de prejuízo para o menor (ausência de interesses colidentes do menor e de seu representante legal). 2.3 -Intervenção não obrigatória.

EXECUÇÃO

DPE/SE - 2006 - CESPE

João, por meio da Defensoria Pública, propôs ação de execução de título judicial em desfavor de Ana. Após a citação válida da executada, não foram localizados bens para serem

penhorados. Os autos permaneceram paralisados em cartório por quase um ano, após o que foram conclusos ao juiz, que determinou a intimação do exeqüente para dar andamento ao processo, sob pena de extinção do feito. O exeqüente não atendeu à intimação judicial, o que levou o juiz a extinguir o feito, de ofício, com base no art. 485, III, do Código de Processo Civil, por abandono por parte do autor, sem julgamento do mérito. Diante da situação hipotética acima apresentada, redija um texto argumentativo, abordando, necessariamente, os seguintes aspectos: 1- possibilidade da extinção de ofício da execução e da intimação pessoal do exeqüente patrocinado pela Defensoria Pública; 2- conseqüência jurídica da inexistência de bens a serem penhorados na ação de execução. (QUESTÃO ADAPTADA DE ACORDO COM O NOVO CPC).

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

Acerca do primeiro questionamento, merece reparo a decisão narrada no problema. De fato, é pacífico o entendimento na jurisprudência pátria no sentido de que a extinção do processo por abandono da causa pelo autor depende de requerimento do réu, como se depreende da Súmula 240 do STJ, que foi incorporada ao texto do Código de Processo Civil de 2015 (art. 485, § 6º).

Assim, depreende-se que não é adequado que o juiz extinga, de ofício, o processo por abandono da causa, sendo imprescindível o requerimento do réu, pois não é dado presumir desinteresse da parte contrária já citada no prosseguimento e solução da causa. Além disso, ao autor não pode ser imposta tal sanção sem o requerimento prévio da parte ré, pois sua inércia, nesse caso, não estaria suficientemente evidenciada

No caso específico da ação executiva, a lógica presente no enunciado sumular se avoluma, na medida em que este tipo de demanda é voltada essencialmente para a satisfação do crédito contido no título executivo extrajudicial. Exatamente por isso é que a falta de bens penhoráveis é causa expressa de suspensão do processo executivo (art. 921, III, do CPC), e não de sua extinção (art. 922 do CPC). Ademais, a intimação da parte assistida pela Defensoria Pública para dar andamento ao processo deve ser feita de maneira pessoal, na esteira do que dispõe o art. 186 do CPC.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

"RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE APURAÇÃO DE HAVERES DE QUOTAS DE SÓCIO EXCLUÍDO. EXTINÇÃO DE OFÍCIO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. ABANDONO DA CAUSA. ART. 267, INCISO III, § 1º, CPC/1973. REQUERIMENTO DA PARTE RÉ. NECESSIDADE. SÚMULA Nº 240/STJ. INTIMAÇÃO PESSOAL FRUSTRADA. ENDEREÇO ESTRANHO AOS AUTOS. INTIMAÇÃO POR EDITAL. NECESSIDADE. 1. O recurso especial tem origem em ação de apuração de haveres de quotas de sócio excluído, que foi extinta sem resolução do mérito por abandono da causa pelo autor. 2. Segundo a jurisprudência desta Corte, consolidada na Súmula nº 240/ STJ, é defeso ao juiz extinguir o processo por abandono da causa de ofício, sendo imprescindível o requerimento do réu, pois, de um lado, não é dado presumir desinteresse da parte contrária já citada no prosseguimento e solução da causa e, de outro, ao autor não poderia ser imposta tal sanção sem o requerimento prévio da parte ré, pois sua inércia, nesse caso,

não estaria suficientemente evidenciada. 3. Vale ressaltar que a inteligência da Súmula nº 240/STJ foi incorporada ao Código de Processo Civil de 2015 que passou a prever, em seu artigo 485, § 6º, que, oferecida a contestação, a extinção do processo por abandono da causa pelo autor depende de requerimento do réu. 4. A extinção do processo por abandono da causa pelo autor pressupõe a sua intimação pessoal que, se for frustrada por falta de endereço correto, deve se perfectibilizar por edital. Precedentes. 5. Recurso especial provido" (STJ – 3ª Turma – RESP 1.596.446/SC – Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 14/06/2016)

Súmula 240 do STJ: *"A extinção do processo, por abandono da causa pelo autor, depende de requerimento do réu"*

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

DIDIER JUNIOR, Fredie; SOUZA, José Augusto Garcia de (coords.) Repercussões do Novo CPC, Vol. V (Defensoria Pública). Salvador: Juspodivm.

ASSIS, Araken de. Manual da Execução. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MANDADO DE SEGURANÇA

DPE/AM - 2003 - CESPE

Quanto ao mandado de segurança, responda fundamentadamente as seguintes indagações. a) Pode o juiz conceder a ordem com fundamento em ilegalidade que não tenha sido alegada pelo impetrante na inicial? b) Deve o juiz determinar a citação da pessoa jurídica de direito público a quem se vincula a autoridade coatora, ou basta a notificação desta para regularizar o pólo passivo da segurança? c) Pode a autoridade coatora apelar da sentença que conceder a ordem? d) O particular, que venha a ser prejudicado pela concessão da liminar, pode pleitear a suspensão de segurança perante o presidente do Tribunal, alegando legítimo interesse jurídico na causa?

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

Em relação ao item "a", de acordo com a doutrina pátria, o objeto processual da ação de mandado de segurança é exatamente verificar a legalidade do ato descrito na petição inicial. Nesse sentido, a jurisprudência majoritária é firme no sentido de que o julgador não pode reconhecer de ofício uma ilegalidade não apontada inicialmente pelo impetrante, sob pena de violação do princípio da inércia.

No que tange ao fundamento da ilegalidade, no entanto, o tema é controverso. A doutrina mais tradicional, acompanhada da jurisprudência, assinala que também os fundamentos da ilegalidade não podem ser conhecidos de ofício em sede de mandado de segurança. A doutrina mais recente, no entanto, vem sustentando que a fundamentação jurídica da ilegalidade está dentro do espectro decisório do juiz, no plano vertical (iura novit curia). Esse posicionamento, inclusive, parece ser mais adequado à realidade processual instaurada a partir da edição do Novo Código de Processo Civil, especialmente no que tange à aplicação dos arts. 492 e 493.

Em relação ao item "b", o art. 6º da Lei do Mandado de Segurança, para afastar a controvérsia existente durante a vigência da legislação anterior, deixa claro que o impetrante deve nominar na petição inicial não só a autoridade coatora, mas também a pessoa jurídica de direito público a quem ela se vincula. Nesse passo, importante destacar que a jurisprudência mais tradicional entendia, sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, que a errônea indicação do legitimado passivo acarretaria na extinção do processo, sem resolução do mérito, afastando o cabimento da emenda da petição inicial.

No crepúsculo do Código revogado, entretanto, a jurisprudência passou a flexibilizar esse entendimento. Com a edição do Novo Código de Processo Civil, galgado na instrumentalidade e na primazia do mérito (arts. 4º e 8º), a tendência é que se consolide o entendimento de que é possível a emenda da petição inicial. Por esses motivos, no caso da pessoa jurídica de direito público não ter sido indicada na petição inicial ou a indicação tenha sido errônea, deverá o juiz determinar a emenda da petição inicial, para corrigir o defeito. Note-se que o juiz não pode de ofício determinar a citação ou a notificação da pessoa jurídica de direito público para regularizar o polo passivo da segurança, em respeito aos princípios da autonomia e da inércia (art. 2º do NCPC).

Por outro lado, a hipótese de a própria pessoa jurídica de direito público responder ao mandado de segurança quando da notificação da autoridade coatora, para o fim de se integrar ao processo, dentro da chamada teoria da encampação, depende da ocorrência dos seguintes requisitos: 1. Existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado; 2. Manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas; 3. Ausência de modificação de competência estabelecida na Constituição Federal.

Em relação ao item "c", muito embora existisse intensa discussão sobre o tema na vigência da revogada Lei de Mandado de Segurança, o Diploma em vigor positivou o entendimento majoritário e assentou que a autoridade coatora pode apelar da sentença em sede de mandado de segurança (art. 14, § 2º).

Em relação ao item "d", a suspensão de segurança é um incidente processual destinado a obstar a produção de efeitos de uma decisão proferida em desfavor do interesse público. Assim, somente a pessoa jurídica de direito público ou o Ministério Público podem deflagrar esse procedimento, cujo julgamento compete originariamente ao presidente do tribunal ao que couber o conhecimento do respectivo recurso.

O particular, ainda que venha a ser prejudicado pela concessão da liminar, não pode pleitear a suspensão de segurança. Poderá, no entanto, interpor agravo de instrumento (art. 1.015 do CPC) ou agravo interno (art. 1.021 do CPC), conforme o órgão prolator da decisão, na condição de terceiro interessado (art. 996 do CPC).

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

"Em Mandado de Segurança não cabe a concessão com alteração da fundamentação de direito que o embasou, sendo-lhe inaplicável o princípio iura novit curia" (RTJ 85/314 e 123/475).

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. INDICAÇÃO ERRÔNEA DA AUTORIDADE COATORA. POSSIBILIDADE DE EMENDA À PETIÇÃOINICIAL. ESSÊNCIA CONSTITUCIONAL DO MANDADO DE SEGURANÇA. PESSOAJURÍDICA. PRESERVAÇÃO DA COMPETÊNCIA JURISDICIONAL. FUNDAMENTOS NÃOIMPUGNADOS. SÚMULA 182/STJ" (STJ – 2ª Turma – AgRg no RMS 35638/MA – Rel. Min. Herman Benjamin, j. em 24/04/2012)

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SECRETÁRIO DO ESTADO. NÃO INCIDÊNCIA DO ART. 6º, § 3º, DA LEI 12.016/2009. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DA TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. PRECEDENTE DO ST.I. RECURSO ORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO" (STJ – 1º Turma – AgRg no RMS 26738/GO – Rel. Min. Maia Filho, j. em 28/04/2015)

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

BARBI, Celso Agrícola. Do Mandado de Segurança, 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998

BUENO, Cassio Scarpinella. A Nova Lei do Mandado de Segurança: Comentários Sistemáticos à Lei nº 12.016, de 7-8-2009. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERRAZ, Sérgio. Mandado de Segurança Individual e Coletivo: Aspectos Polêmicos, 3ªed., São Paulo: Malheiros, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança e Ações Constitucionais, 36ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. São Paulo: Revista dos Tribunais, 201S.

RECURSOS

DPE/BA - 2010 - CESPE

A Defensoria Pública do Estado da Bahia ajuizou, em favor do assistido Abel, ajuíza demanda de natureza cível, contra o município de Salvador – BA, pleiteando indenização de R$100.000,00 por danos materiais e de R$50.000,00 por danos morais, em razão de acidente ocorrido em hospital municipal. Julgada a demanda totalmente procedente em primeiro grau de jurisdição, condenou-se, ainda, o município ao pagamento de R$15.000,00 a título de honorários advocatícios. Os autos foram encaminhados ao Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, de acordo com o disposto no art. 496, I, do Código de Processo Civil, uma vez que, apesar de devidamente intimado, o réu não interpões recurso de apelação. O órgão fracionário cível competente, em acórdão não unânime, deu provimento à remessa oficial tão somente para excluir a condenação da fazenda pública ao pagamento dos honorários advocatícios, tendo o relator mantido integralmente a sentença. Considerando essa situação hipotética, responda, de modo objetivo e devidamente fundamentado, aos seguintes questionamentos. É cabível a aplicação da técnica infringente em relação ao acórdão? No âmbito do direito processual civil, a aplicação da técnica infringente contra a parte do acórdão em que houve desacordo parcial suspende o prazo para eventual interposição de recurso especial e de recurso extraordinário no que se refere à parte em que o julgamento foi unânime? (QUESTÃO ADAPTADA DE ACORDO COM O NOVO CPC).

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

A chamada técnica infringente representa um modelo de ampliação do número de juízes num julgamento colegiado, realizado perante os tribunais inferiores, quando se verificar a existência de votos divergentes. De acordo com o art. 942 do CPC, a técnica infringente será utilizada quando o resultado da apelação for não unânime.

Neste caso, se não for possível a ampliação imediata do quorum de julgadores, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores. A técnica de julgamento infringente aplica-se, igualmente, ao julgamento não unânime proferido em ação rescisória, quando o resultado for a rescisão da sentença, e em agravo de instrumento, quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito.

Nos termos do art. 942, §4º, do CPC, a técnica não é aplicável ao julgamento do incidente de assunção de competência e ao de resolução de demandas repetitivas, da remessa necessária e das decisões do plenário ou da corte especial.

Portanto, no caso narrado, não deve ser usada a técnica infringente. Por outro lado, ainda que a técnica infringente pudesse ser aplicada, é fato que o prazo para interposição de quaisquer recursos, inclusive do recurso especial do recurso extraordinário, somente tem sua contagem iniciada com a conclusão do julgamento pelo colegiado ampliado, ainda que o desacordo tenha sido parcial.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense.

ARAÚJO, Luis Carlos; et altri. Curso do Novo Processo Civil. Rio de Janeiro: Freitas Bastos.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Atlas

GABARITO DA BANCA EXAMINADORA:

Gabarito (o gabarito oficial da banca tornou-se inadequado em razão do Novo CPC):: 1- Apresentação e estrutura textual (legibilidade, respeito às margens e indicação de parágrafos). 2- Desenvolvimento do tema. 2.1 – Cabimento de embargos infrigentes contra o acórdão / Justificativa com base em orientação e jurisprudência do STJ (Súmula 390). 2.2- Suspensão do prazo para eventual interposição dos recursos especial e extraordinário, com base nas Súmulas 207/STJ e 281/STJ, art. 498 do CPC.

DIREITO PROCESSUAL PENAL

ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA

DPE/MA - 2011 - CESPE

Em determinado processo criminal submetido ao procedimento comum ordinário, o réu, apesar de gozar de excelente situação financeira, quedou-se inerte quando instado a constituir advogado, razão pela qual o juízo processante determinou a remessa dos autos à defensoria pública, a fim de que esta indicasse um de seus membros para patrocinar a defesa. A partir da situação hipotética acima apresentada, redija texto dissertativo acerca do princípio institucional da independência funcional da defensoria pública, respondendo, necessariamente, de forma fundamentada, aos questionamentos seguintes. 1- Se o defensor público designado para o caso entender que inexista hipótese de atuação institucional, deverá arquivar imediata e definitivamente o procedimento em âmbito administrativo? 2- Proferida a sentença penal condenatória e devidamente intimada a defensoria, caso o defensor público deixe de interpor recurso de apelação, por se conformar com o decreto condenatório, haverá ofensa ao princípio do devido processo legal?

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

O princípio da independência funcional no âmbito da Defensoria Pública materializa-se sobre um duplo aspecto, tanto como um princípio institucional (art. 3º da Lei Complementar nº 80/94) quanto como uma garantia do Defensor Público (art. 43, art. 88 e art. 105, todos da Lei Complementar nº 80/94). No entanto, assim como qualquer princípio, ele não possui valores absolutos, necessitando ser ponderado com outros princípios tais como o próprio acesso à justiça.

A Lei Complementar nº 80/94, no art. 4º, §8º, estabelece um procedimento específico para o caso de recusa do atendimento pelo Defensor Público competente. Neste caso, quando verificar-se que o pleito não corresponde às hipóteses de atuação institucional da Defensoria Pública, o defensor deverá justificar o ato e comunicar a sua decisão ao Defensor Público Geral, que poderá concordar com a inexistência de atribuição da Defensoria Pública para atuar no feito ou designar outro Defensor Público para o caso.

Assim, pela própria disciplina legal, verifica-se que não seria possível ao Defensor Público designado arquivar imediata e definitivamente um procedimento em âmbito administrativo, pois tal atribuição é facultada apenas ao Defensor Público Geral.

Todavia, na presente situação, faz-se necessária uma reflexão ainda maior. É que a atuação da Defensoria Pública no âmbito do processo penal não está restrita às hipóteses de hipossuficiência econômica, pois existirá sempre que houver a vulnerabilidade jurídica decorrente da ausência de defesa técnica no processo. Nessas situações, afigura-se possível que o Defensor Público peça ao juízo criminal o arbitramento de honorários a serem revertidos para o Fundo de Aparelhamento e Capacitação Profissional da instituição.

Logo, considerando que a defesa em processo criminal, independentemente da situação econômica da parte, é uma função institucional da Defensoria Pública, não ensejaria automaticamente uma recusa de atendimento com base no princípio da independência funcional do defensor.

Por sua vez, quanto à obrigatoriedade da interposição de recursos, verifica-se que não é possível impor tal múnus ao Defensor Público. Como visto, o Defensor possui a garantia de independência funcional. Ademais, o art. 129 da Lei Complementar nº 80/94 informa que é dever dos membros a interposição dos recursos cabíveis sempre que encontrar fundamentos na lei, jurisprudência ou prova dos autos.

Portanto, observa-se que se trata de uma obrigação do Defensor Público apenas quando houver fundamento jurídico. No entanto, nada obsta que o membro, ao entender que o recurso seria manifestamente protelatório ou incabível ou que não traria qualquer benefício ao assistido, deixar de fazê-lo. Ademais, os Tribunais Superiores já se pronunciaram no sentido de que o Defensor Público ou dativo, devidamente intimado, não está obrigado a recorrer e a recusa em oferecer recurso não implicaria em ofensa ao princípio do devido processo legal.

Outrossim, vigora no sistema processual penal brasileiro o princípio da voluntariedade dos recursos, conforme art. 574, caput, do Código de Processo Penal, exigindo-se para a concretização do devido processo legal apenas que se realize a intimação da decisão para que, entendendo adequado e necessário, o Defensor ajuíze o recurso cabível. Trata-se de um juízo de conveniência e oportunidade a ser exercido pela defesa técnica. Ressalta-se que eventuais excessos ou abusos do Defensor Público podem ser apurados pela Corregedoria da instituição.

Ante o exposto, conclui-se que a independência funcional não pode ser considerada um direito absoluto, pois necessita estar amparada em um juízo objetivo a respeito das funções institucionais da Defensoria Pública de modo a concretizar o acesso à justiça e o devido processo legal.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. APELAÇÃO CRIMINAL. DEFESA EXERCIDA POR DEFENSOR PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL E/OU EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO DA VOLUNTARIEDADE OBEDECIDO. DUE PROCESS OF LAW GARANTIDO. **1. No sistema brasileiro vige o princípio da voluntariedade, inserto no art. 574, caput, do CPP, cuja previsão não obriga a defesa a interpor recurso de decisão desfavorável ao réu. 2. Comprovado que a Defensoria Pública foi devidamente intimada acerca do teor do acórdão proferido no julgamento da apelação criminal, não há que se falar em ofensa ao princípio do devido processo legal porque tal órgão não interpôs recursos para as instâncias superiores.***3. Transitada em julgado a condenação sem que houvesse inconformismo e tendo o trâmite processual obedecido a todas as regras constitucionalmente garantidas, não caracteriza constrangimento ilegal o indeferimento de reabertura de prazo como pretendido, ao fundamento de que o defensor nomeado tinha obrigação de recorrer. DOSIMETRIA DA PENA. PLURALIDADE DE CONDENAÇÕES ANTERIORES. TRÂNSITO EM JULGADO. MAUS ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA. 1. Inocorre bis in idem quando verificado que as condenações definitivas anteriores caracterizadoras dos maus antecedentes são*

distintas daquelas que ensejaram o aumento da reprimenda na segunda etapa da dosimetria, a título de reincidência. 2. Ordem denegada. (STJ, HC 187.331/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/09/2011, DJe 21/09/2011)

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. AFASTAMENTO DA SÚMULA 691/STF. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO DIREITO DE AMPLA DEFESA. INOCORRÊNCIA. VOLUNTARIEDADE RECURSAL. RAZÕES INSUFICIENTES E INIDÔNEAS PARA MODIFICAR DECISÃO MONOCRÁTICA. IMPROVIMENTO. 1. Agravo regimental interposto contra decisão monocrática que indeferiu liminarmente o habeas corpus. 2. A decisão agravada está em consonância com a jurisprudência desta Suprema Corte, consolidada na Súmula 691/STF. 3. O rigor na aplicação da Súmula 691/STF tem sido abrandado por julgados desta Corte apenas em hipóteses excepcionais de flagrante ilegalidade ou abuso de poder na denegação da tutela de eficácia imediata. Precedentes. 4. No caso, não vislumbro a presença de qualquer um dos pressupostos que autorizam o afastamento da orientação contida na Súmula 691/STF. **5. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que, sendo voluntário o recurso, não está obrigado o defensor do acusado a recorrer. Não ocorrência de prejuízo à defesa. Precedentes. 6. Inexistência nos autos de qualquer prova que demonstre as alegações de violação ao direito de ampla defesa do agravante**. *7. As razões do agravo regimental não se revelaram suficientes e idôneas para modificar o resultado da decisão monocrática por mim proferida. 8. Agravo regimental improvido. (STF, HC 98715 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 18/08/2009, DJe-171 DIVULG 10-09-2009 PUBLIC 11-09-2009 EMENT VOL-02373-02 PP-00317)*

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

PAIVA, Caio. Além de um princípio, independência funcional é garantia do defensor: http://www.conjur.com.br/2015-jun-16/tribuna-defensoria-alem-principio-independencia-funcional--garantia-defensor

RUGGERI RÉ, Aluísio IunesMonti.*Manual do Defensor Público – Teoria e Prática*. **Juspodivm.**

GABARITO DA BANCA EXAMINADORA:

- Gabarito: 1- Apresentação e estrutura textual (legibilidade, respeito às margens e indicação de parágrafos) - 2 Desenvolvimento do tema - 2.1 Posicionamento quanto ao arquivamento imediato e definitivo do procedimento em âmbito administrativo - 2.2 Posicionamento quanto à existência de ofensa ao princípio do devido processo legal.

DIREITO TRIBUTÁRIO

TAXAS

DPE/BA - 2010 - CESPE

Uma unidade da Federação, fundamentando-se no exercício do poder de polícia pelo estado, instituiu, mediante lei específica, taxa sobre as atividades notariais e de registro,

cuja base de cálculo são os emolumentos relativos aos serviços prestados cobrados pelos titulares das serventias. Conforme o disposto no art. 236, § 1º, da Constituição Federal, compete ao Poder Judiciário local a fiscalização dos serviços notariais e de registro. A lei estadual, que instituiu a taxa em questão, também previu a destinação de percentual do produto arrecadado a um fundo especial para o desenvolvimento e aperfeiçoamento da defensoria pública do estado.Considerando a situação hipotética apresentada, responda, com fundamento na legislação vigente, na doutrina e no entendimento do Supremo Tribunal Federal, às seguintes indagações. A referida lei estadual invade a competência da União de estabelecer normas gerais para a fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro? A referida lei estadual infringe o disposto no art. 167, inciso IV, da Constituição Federal, que veda a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesas? Admite-se a destinação de parte do produto arrecadado a título de taxa ao aperfeiçoamento da defensoria pública do estado?

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

As taxas, sejam de polícia ou de serviço, por serem espécie de tributo, submetem-se ao princípio da legalidade tributária, previsto no art. 150, I, da CRFB, de forma que demandam a edição de lei para sua instituição pelo ente federativo.

Ressalte-se que a competência tributária para a instituição de uma taxa é dita comum, não tendo sido privativamente deferida pelo legislador constituinte a nenhum ente específico. Por se tratar de tributo vinculado, cujo fato gerador consiste em atividade estatal, será competente para a instituição o ente que prestar o serviço público específico e divisível ou exercer o poder de polícia.

No que se refere aos emolumentos, o STF já consolidou entendimento no sentido de possuírem natureza jurídica tributária, qualificando-se como taxas remuneratórias de serviços públicos, constituindo tributos estaduais.

Note-se que, no caso em análise, o ente federado instituiu taxa fundada no exercício do poder de polícia, o qual compete exclusivamente ao Poder Judiciário, responsável pela fiscalização dos atos dos serviços notariais e de registro, a teor do art. 236, § 1º, da CRFB.

Conforme o art. 236, § 2º, da CRFB, compete à lei federal estabelecer normas gerais para a fixação de emolumentos referentes aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro. Coube à Lei nº 10.169/00 o papel de regular referido dispositivo.

Tal competência, contudo, restrita a normas gerais, não interfere na possibilidade de os Estados instituírem tributos de sua competência. É firme a jurisprudência do STF de que não há usurpação da competência da União para legislar sobre registros públicos nos casos de mera fixação de emolumentos. Destarte, não houve qualquer invasão à competência da União prevista no art. 236, § 2º, da CRFB, sendo legítimo o exercício da competência tributária pelo ente estadual.

Noutro giro, ressalte-se que a referida lei estadual também não representa qualquer ofensa à norma constitucional constante do art. 167, IV, da CRFB. Tal dispositivo traduz o deno-

minado "princípio da não afetação", prestando-se a vedar a vinculação de receita de imposto a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas as exceções previstas no próprio texto constitucional.

Deve-se salientar, nesse contexto, que a vedação constitucional ora em análise está adstrita ao âmbito dos impostos, espécie tributária diversa das taxas. Tendo em vista que a lei estadual em questão não criou modalidade de imposto, mas sim verdadeira taxa de polícia, não há qualquer infringência ao texto da Constituição Federal, sendo válida a determinação legal de vinculação de percentual dos recursos arrecadados.

Ademais, as taxas, embora sejam tributos vinculados quanto ao fato gerador, são tributos de arrecadação não vinculada. Ou seja, os recursos arrecadados não foram vinculados pelo legislador constituinte a uma destinação específica, como ocorrido com os empréstimos compulsórios, por exemplo. As custas e emolumentos (taxas judiciárias, segundo o STF) consistem em exceção a essa regra, uma vez que a EC nº 45/04 introduziu um §2º ao art. 98 da CRFB estipulando que as custas e emolumentos serão destinados exclusivamente ao custeio dos serviços afetos às atividades específicas da Justiça.

No entanto, a não vinculação dos recursos arrecadados com taxas, ao contrário do que ocorre com os impostos, não é obrigatória, de forma que nada impede a afetação dos recursos correspondentes a determinado tipo de despesas.

As taxas tratadas na questão, como já mencionado, são taxas de polícia, que apenas utilizam os emolumentos como sua base de cálculo, não se enquadrando na previsão do art. 98, §2º, do texto constitucional. Nesse sentido, já decidiu o STF ser constitucional a destinação do produto da arrecadação da taxa de fiscalização da atividade notarial e de registro a órgão público e ao próprio Poder Judiciário.

Dessa forma, não há nenhum óbice à destinação de percentual do produto arrecadado a título de taxa a fundo destinado ao aperfeiçoamento da defensoria pública estadual. Ao contrário, trata-se de medida que reforça a autonomia da defensoria pública, assegurada pelo art. 134, § 2º, da CRFB. Nessa toada, o Supremo Tribunal Federal solidificou entendimento de ser constitucional a destinação do produto da arrecadação da taxa de polícia sobre as atividades notariais e de registro, ora para tonificar a musculatura econômica desse ou daquele órgão do Poder Judiciário, ora para aportar recursos financeiros para a jurisdição em si mesma.

Desta feita, entendeu a Suprema Corte ser compatível com a Carta Magna a destinação do produto da arrecadação destinada ao fundo especial de a Defensoria Pública. Pelas mesmas razões, o STF já se pronunciou no sentido de ser constitucional a destinação do produto da taxa instituída sobre as atividades notariais e de registro ao fundo de reaparelhamento do Ministério Público, uma vez que os recursos seriam utilizados para o aperfeiçoamento da jurisdição.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei nº 174/1994 do Estado do Amapá. Isenção de emolumentos. Natureza tributária de "taxa". Tributo estadual. 3. Alegação de ofensa ao art. 22, XXV, da Constituição Federal. Inocorrência. Diploma normativo que concede

isenção de emolumentos não ofende competência privativa da União para legislar sobre registros públicos. 4. Ação direta julgada improcedente. (STF, ADI 1148/AP, rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, j. 02/09/2015)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CABIMENTO. PROVIMENTO Nº 09/97 DA CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO. EMOLUMENTOS: PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO. 1. Provimento nº 9/97, da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de Mato Grosso. Caráter normativo. Controle concentrado de constitucionalidade. Cabimento. 2. Hipótese em que o controle normativo abstrato não se situa no âmbito da legalidade do ato, mas no exame da competência constitucional da autoridade que instituiu a exação. 3. A instituição dos emolumentos cartorários pelo Tribunal de Justiça afronta o princípio da reserva legal. Somente a lei pode criar, majorar ou reduzir os valores das taxas judiciárias. Precedentes. 4. Inércia da União Federal em editar normas gerais sobre emolumentos. Vedação aos Estados para legislarem sobre a matéria com fundamento em sua competência suplementar. Inexistência. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente (STF, ADI 1.709-MT, Tribunal Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, 10-02-2000, v.u., DJ 31-03-2000, p. 38)

Taxa em razão do poder de polícia: a Lei mato-grossense 8.033/2003 instituiu taxa em razão do exercício do poder de polícia. Poder que assiste aos órgãos diretivos do Judiciário, notadamente no plano da vigilância, orientação e correição da atividade em causa, a teor do § 1º do art. 236 da Carta-cidadã. É constitucional a destinação do produto da arrecadação da taxa de fiscalização da atividade notarial e de registro a órgão público e ao próprio Poder Judiciário. (STF, ADI 3.151, rel. min. Ayres Britto, julgamento em 8-6-2005, Plenário, DJ de 28-4-2006)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 104, INCISO III, DA LEI N. 1.071/90, DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, COM A REDAÇÃO QUE LHE FOI ATRIBUÍDA PELA LEI N. 2.049/99. EMOLUMENTOS. SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS. DESTINAÇÃO DE RECURSOS A FUNDO ESPECIAL CRIADO PARA PROMOVER EXPANSÃO E DESENVOLVIMENTO DOS JUIZADOS ESPECIAIS. VIOLAÇÃO DO ART. 167, INCISO V, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Preceito de lei estadual que destina 3% [três por cento] dos emolumentos cobrados pelas serventias extrajudiciais ao Fundo Especial para Instalação, Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Estado do Mato Grosso do Sul não ofende o disposto no art. 167, V, da Constituição do Brasil Precedentes. 2. A norma constitucional veda a vinculação da receita dos impostos, não existindo, na Constituição, preceito análogo pertinente às taxas. Pedido julgado improcedente. (ADI 2129/MS, rel. Min. Eros Grau, Plenário, j. 26/04/2006)

A jurisprudência do STF firmou orientação no sentido de que as custas judiciais e os emolumentos concernentes aos serviços notariais e registrais possuem natureza tributária, qualificando-se como taxas remuneratórias de serviços públicos, sujeitando-se, em consequência, quer no que concerne à sua instituição e majoração, quer no que se refere à sua exigibilidade, ao regime jurídico-constitucional pertinente a essa especial modalidade de tributo vinculado, notadamente aos princípios fundamentais que proclamam, dentre outras, as garantias essenciais (a) da reserva de competência impositiva, (b) da legalidade, (c) da isonomia e (d) da anterioridade. (STF, ADI 1.378-MC, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 30-11-1995,

Plenário, DJ de 30-5-1997.) No mesmo sentido: ADI 3.826, rel. min. Eros Grau, julgamento em 12-5-2010, Plenário, DJE de 20-8-2010.

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CUSTAS E EMOLUMENTOS: NATUREZA JURÍDICA: TAXA. DESTINAÇÃO DE PARTE DO PRODUTO DE SUA ARRECADAÇÃO A ENTIDADE DE CLASSE: CAIXA DE ASSISTÊNCIA DOS ADVOGADOS: INCONSTITUCIONALIDADE. Lei 5.672, de 1992, do Estado da Paraíba. I. - As custas, a taxa judiciária e os emolumentos constituem espécie tributária, são taxas, segundo a jurisprudência iterativa do Supremo Tribunal Federal. Precedentes do STF. II. - A Constituição, art. 167, IV, não se refere a tributos, mas a impostos. Sua inaplicabilidade às taxas. III. - Impossibilidade da destinação do produto da arrecadação, ou de parte deste, a instituições privadas, entidades de classe e Caixa de Assistência dos Advogados. Permiti-lo, importaria ofensa ao princípio da igualdade. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. IV. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (STF, ADI 1145/PB, rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, j. 03/10/2002)

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

SABBAG, Eduardo. Manual de Direito Tributário. 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

ALEXANDRE, Ricardo. Direito tributário esquematizado. 9. ed. rev., atual. eampl. – Rio de Janeiro: Forense; SãoPaulo: MÉTODO, 2015.

LEITE, Harrison. Manual de Direito Financeiro. 5. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2016.

GABARITO DA BANCA EXAMINADORA:

1- Apresentação e estrutura textual (legibilidade, respeito às margens e indicação de parágrafos). 2- Desenvolvimento do tema. 2.1 – Inexistência de violação da competência legislativa da União. 2.2- Legalidade da destinação do valor arrecadado a fundo do qual a defensoria pública seja beneficiária.

DIREITOS HUMANOS

DIREITOS HUMANOS

DPE/ES - 2012 - CESPE

Em 19 de março de 2009, o STF julgou parcialmente procedente o pedido formulado na petição nº 3.388, declarando a constitucionalidade da demarcação contínua da terra indígena Raposa Serra do Sol sob algumas salvaguardas. A salvaguarda "f" assegura a atuação das Forças Armadas e Policia Federal na área indígena, no âmbito das respectivas atribuições, que ocorrerá independentemente de consulta às respectivas comunidades indígenas ou à FUNAI; a salvaguarda "r", por sua vez, veda a ampliação da terra indígena já demarcada. No item 1 do artigo 26 da Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas, aprovada, em 2007, por resolução da Assembléia Geral da ONU, com voto favorável do Brasil, lê-se: "os povos indígenas têm direito às terras, territórios e recursos que possuem e ocupam tradicionalmente ou que tenham de outra forma utilizado ou adquirido". Com base

nas informações acima apresentadas, faça o que se pede a seguir: 1. Relacione a salvaguarda "r" ao texto do item I do art. 26 da Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas, discorrendo sobre: a. o sistema de proteção dos direitos humanos na ONU no qual se integra a mencionada declaração, com enfoque sobre a sua caracterização, b. a força normativa da declaração, considerando o fato de essa não ter sido internalizada na forma dos tratados. C. a compatibilidade entre a salvaguarda, o regime constitucional de proteção aos indígenas vigente no país, o teor da mencionada declaração e a convenção americana de direitos humanos. D. a compatibilidade entre a salvaguarda e o princípio da universalidade dos direitos humanos, com enfoque sobre a questão da igualdade perante a lei e a impossibilidade de aquisição de novas terras pela comunidade indígena. 2. Relacione a salvaguarda "f" com disposto na Organização Internacional do Trabalho, discorrendo sobre: a convenção relacionada a prescidibilidade ou imprescindibilidade de consulta à comunidade indígena. B. a força normativa da referida convenção, em face de sua aprovação por decreto legislativo em 2002, com enfoque na evolução da doutrina e da jurisprudência pertinente à hierarquia normativa dos tratados.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

As salvaguardas estabelecidas pelo STF devem ser analisadas a partir do pressuposto de que há diversas tendências conceituais sobre os "direitos" indígenas, podendo ser divididos, grosso modo, em três correntes.

A primeira defende que os povos indígenas são autônomos e soberanos e, por isso, a relação destes povos se dá diretamente com os povos soberanos dos países existentes. A segunda defende uma abordagem de pluralismo jurídico, pela qual não há soberania dos povos indígenas, mas eles possuem autonomia para se autodeterminar e elaborar regras próprias, sem interferência com as dos Estados onde se encontram, devendo apenas obedecer a limites relacionados à soberania.

A terceira abordagem defende que os indígenas são dotados de direitos humanos próprios, protegidos por regras de direitos de minorias, de não discriminação e por ações afirmativas. Esta última abordagem é a vigente atualmente no Brasil, com alguns elementos da segunda abordagem presentes (cite-se os casos em que leis criminais não são aplicadas aos povos indígenas em razão de costumes próprios que, no restante do país, enquadrariam-se como infanticídio).

Passando à análise das salvaguardas referidas, observa-se que a salvaguarda "r" afronta o item I do art. 26 da Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas, que impõe que os povos indígenas têm direito as terras, territórios e recursos que tradicionalmente tenham possuído, ocupado ou de outra forma utilizado ou adquirido. Como se trata de uma declaração da ONU, ela não precisa ser internalizada como os demais tratados de direitos humanos. É dizer, o Brasil se submete às regras da Declaração pelo fato de ter aderido à ONU.

De fato, reconhece-se em geral que Declarações como esta têm a força jurídica de costume internacional, sendo, por isso, normas de direito internacional erga omnes, cogentes, aplicáveis ao país que aderiu à ONU. É o mesmo estatuto da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que encabeça o sistema de proteção dos direitos humanos da ONU, seguida por outros tratados gerais e especiais de proteção de direitos humanos. Esse

sistema é formado por normas extraconvencionais, editados pela ONU e aplicáveis aos países membros de acordo com a especificidade de cada norma, e pelas normas convencionais assinadas e ratificadas pelos Estados membros.

Quanto ao regime constitucional em que a salvaguarda se insere, não obstante o entendimento do legítimo intérprete da Constituição, a vedação pura e simples de ampliação da demarcação deve ser entendida como uma afronta ao regime constitucional, já que este estabelece a demarcação das terras tradicionalmente ocupadas (art. 231, § 1º). No caso de haver ampliação das terras tradicionalmente ocupadas, é lógico que haja ampliação futura da área já demarcada.

Esta última interpretação é que se compatibiliza com o regime da Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas e segue os princípios de não discriminação do sistema interamericano. Neste sistema, embora não haja previsão expressa na Convenção Americana de Direitos Humanos sobre os direitos indígenas, pode-se apoiar a proteção às terras tradicionalmente ocupadas no direito de propriedade (artigo 21 da Convenção), que deve ser interpretado de acordo com as tradições indígenas e tendo em vista as discriminações específicas historicamente sofridas por estes povos.

Ao contrário da interpretação que leva em conta a visão de mundo indígena, a salvaguarda em comento impõe uma interpretação universalista sobre o direito de propriedade, impondo limites geográficos fixos que impedirão o desenvolvimento indígena para além delas. Neste sentido, ao impor limites fixos e a impossibilidade de ampliação das terras ocupadas, há um tratamento igual conferido a desiguais, destoando do tratamento jurídico que deve ser conferido aos povos e indivíduos tradicionalmente discriminados.

No que se refere à salvaguarda "f", verifica-se afronta aos direitos humanos indígenas consagrados no ordenamento brasileiro. De acordo com a consagrada jurisprudência do STF, esta convenção deve ser reconhecida como tendo estatuto supralegal, mas não constitucional, já que não foi aprovada pelo rito previsto no artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal. Este rito foi estabelecido pela Emenda Constitucional 45/2004, posterior à internalização do tratado. A supralegalidade significa que a convenção é superior às leis ordinárias e complementares, mas é inferior às normas da Constituição Federal. Este mesmo regime é adotado em caso de tratado internacional tributário, razão do artigo 98 do CTN.

Ocorre que há posições na doutrina que defendem que convenções sobre direitos humanos são materialmente constitucionais, em razão do art. 5º, §2º, já vigente antes da Emenda Constitucional 45/2004, que instituiu o rito do artigo 5º, §3º, de modo que não poderiam ser consideradas infraconstitucionais. De fato, as controvérsias decorrem de uma histórica celeuma doutrinária entre monistas e dualistas: aqueles defendem que há um ordenamento único (e entre estes há os que defendem a superioridade das normas nacionais e os que defendem a superioridade das normas internacionais), enquanto os dualistas defendem que os ordenamentos interno e internacional são distintos, devendo as normas internacionais serem incorporadas ou internalizadas para terem efeitos no país.

O Brasil adota a teoria dualista, com peculiaridades, já que há previsão para incorporação formal dos tratados de direitos humanos (artigo 5º, §3º), mas os tratados já incorporados antes da vigência desta norma têm caráter supralegal. É este o caso da Convenção no 169 da Organização Internacional do Trabalho.

Conclui-se que as normas sobre participação das comunidades indígenas podem ser harmonizadas com a soberania nacional e com as normas constitucionais sobre demarcação de terras indígenas. Realmente, a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal independentemente de consulta às respectivas comunidades indígenas ou à FUNAI afronta a Convenção no 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, internalizado pelo Decreto Presidencial nº 5.051, de 19 de abril de 2004. De fato, esta convenção impõe em diversos artigos a responsabilidade governamental em promover ações de proteção dos direitos humanos dos povos indígenas com a participação destes povos (artigo 2º; artigo 5º, c; artigo 7º, 1). Por outro lado, a intervenção sem consulta não têm respaldo no texto da Constituição Federal, de modo que deve se reconhecer como abusiva a salvaguarda "f".

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

"El 6 de diciembre de 2004 la Comisión otorgó medidas cautelares a favor de los miembros de los pueblos indígenas Ingaricó, Macuxi, Wapichana, Patamona y Taurepang en Raposa Serra do Sol, estado de Roraima. La información disponible indica que los miembros de estos pueblos indígenas se encuentran en situación de peligro inminente para su vida, integridad personal y permanencia en su territorio por causa del proceso de demarcación de tierras que se encuentra pendiente desde el año 1977. Se alega que el 23 de noviembre de 2004 un grupo armado atacó a las comunidades indígenas utilizando motosierras, tractores y fuego, dejando como saldo una muerte, una desaparición y la destrucción de 34 viviendas, una escuela y la clínica de salud local. En vista de la situación, la CIDH solicitó al Estado brasileño la adopción de medidas cautelares necesarias para proteger la vida, la integridad física y la libre circulación de los beneficiarios e informar sobre las acciones emprendidas para investigar los hechos. La Comisión ha continuado recibiendo información sobre la situación de las comunidades protegidas."(Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Medida Cautelar de 6 de dezembro de 2004, Povos Indígenas da Raposa Serra do Sol, In Medidas Cautelares outorgadas pela CIDH durante o ano de 2004, disponível em http://www.cidh.org/medidas/2004.sp.htm)

"34. A respeito, a CIDH considera pertinente observar que o objeto primordial da presente petição é a proteção do direito dos povos indígenas da Raposa à propriedade de suas terras ancestrais, a fim de promover a retirada dos não-indígenas do território indígena, eliminando e prevenindo, assim, os supostos incidentes de violência observados durante as últimas décadas. Com efeito, segundo o alegado pelos peticionários, os supostos fatos de violência contra os povos indígenas da Raposa são resultado da demora no processo de demarcação do território indígena e da consequente presença contínua de não-indígenas no território ancestral dos povos indígenas da Raposa.

35.Não é um fato controverso entre as partes que o direito à propriedade (ou à "posse", conforme a legislação brasileira) dos povos indígenas no Brasil deve ser assegurado através de um processo administrativo de demarcação, a partir de iniciativa da FUNAI e do Ministério da Justiça. Tampouco é um fato controverso entre as partes que o processo administrativo de demarcação do território indígena da Raposa iniciou-se em 1977, e que foi finalizado entre os meses de março e agosto de 2009.50.A CIDH conclui que tem com-

petência para examinar a petição e que esta cumpre com os requisitos de admissibilidade, de acordo com os artigos 46 e 47 da Convenção Americana. Em razão dos argumentos de fato e de direito anteriormente expostos e sem pré-julgar sobre o mérito da questão, A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS DECIDE: 1.Declarar admissível a petição, com relação às supostas violações dos artigos 4, 5, 8, 12, 21, 22 24 e 25 da Convenção Americana em sua relação com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento; 2.Declarar admissível a petição, com relação às supostas violações aos artigos I, II, III, VIII, IX, XVIII, XXIII da Declaração Americana;" (Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Relatório No. 125/10, Petição 250-04, Povos Indígenas da Raposa Serra do Sol, disponível em cidh.oas.org/annualrep/2010port/BRAD250-04PO.doc)

"Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana. Essa tese foi aventada, em sessão de 29 de março de 2000, no julgamento do RHC n° 79.785-RJ, pelo voto do Eminente Relator, Min. Sepúlveda Pertence, que acenou com a possibilidade da consideração dos tratados sobre direitos humanos como documentos supralegais. (...) Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 652 do Novo Código Civil (Lei n° 10.406/2002), que reproduz disposição idêntica ao art. 1.287 do Código Civil de 1916." (STF, RE 466343, prisão de depositário infiel)

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

JUBILUT, Liliana Lyra, BAHIA, Alexandre e MAGALHÃES, José Luiz Magalhães, *Direito à Diferença – Aspectos de proteção específica às minorias e aos grupos vulneráveis*, **São Paulo: Saraiva, 2013.**

MELLO, Celso de Albuquerque, *Curso de direito internacional público*, **15ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2004.**

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

GABARITO DA BANCA EXAMINADORA:

- Gabarito: 1. Caracterização do sistema extraconvencional como o locus da declaração. 2. Caráter principiológico e não vinculativo da declaração. 3. Identificação da controvérsia, menção ao p. 1º do art. 231 da CF, menção ao art. 21 da convenção americana de direitos humanos. 4. Reconhecimento do direito de propriedade também às comunidades indígenas. 5. Menção ao art. 169 da OIT. 6. Convenção 169 da OIT: norma supralegal, mas infraconstitucional, evolução da jurisprudência do STF e posições da doutrina sobre o tema da hierarquia normativa dos tratados.

DPE/RR - 2013 - CESPE

Redija texto dissertativo acerca da compatibilidade entre relativismo cultural e universalismo dos direitos humanos, abordando, necessariamente, os seguintes aspectos: 1- superação da tensão entre universalismo e relativismo. 2- relação entre as concepções de dignidade humana e percepção de direitos humanos; 3- conceitos de dignidade humana, 4- percepção da incompletude das culturas.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

Relativismo cultural e universalismo dos direitos humanos são duas tendências opostas para a qual os teóricos dos direitos humanos tentam arduamente oferecer soluções compatibilizadoras. A superação da tensão entre ambos é um dos grandes desafios do tempo presente.

O relativismo cultural pode aparecer como resistência para a liberdade e como liberdade para oprimir. No primeiro caso, há resistência a discursos hegemônicos impostos por potências estrangeiras e valorização da própria cultura e dos seus modos próprios de desenvolvimento. No segundo caso, há rejeição de pautas globais de dignidade sob a justificação de que há uma cultura estabelecida que formula de outro modo estas pautas, não podendo haver interferência externa.

Já o universalismo dos direitos humanos vem sendo formulado em várias esferas, desde a formulação filosófica na época da Revolução Francesa, até a busca por consensos globais por meio de tratados internacionais após a Segunda Guerra Mundial. Este universalismo também pode aparecer de dois modos: como busca por emancipação pela via dos direitos humanos; e como imposição da emancipação pela via dos direitos humanos.

No primeiro caso, há identificação de todo ser humano com um padrão comum de dignidade que deve valer para todos e esta identificação é vista como um meio para a liberdade e para a igualdade; no segundo caso, há imposição deliberada de um discurso de direitos humanos para submissão de povos aos imperativos de grandes potências.

Um dos principais teóricos a buscar a superação da tensão entre universalismo e relativismo é Boaventura de Sousa Santos, que propõe uma teoria multiculturalista para tanto. Por esta teoria, reconhece-se que há diversos discursos sobre a dignidade humana nas várias culturas, ainda que não sejam formulados em termos de direitos humanos. Com isso, busca-se uma transformação cosmopolita dos direitos humanos, pautada pelo diálogo intercultural.

O diálogo entre as diversas culturas permite a tradução intercultural de padrões de dignidade. Para tanto, Boaventura recorre à hermenêutica diatópica, um procedimento para enfrentar (embora não necessariamente resolver) as dificuldades do diálogo intercultural. Assim, este procedimento promove um diálogo para a busca da mútua compreensão das ideias de direitos humanos do ocidente, de dharma na cultura hindu (a qual explicita a ausência de relação entre indivíduo e cosmos nos direitos humanos ocidentais) e de umma na cultura islâmica (a qual explicita a simetria simplista entre direitos e deveres nos direitos humanos ocidentais). Esta mútua compreensão envolve a realização do diálogo multicultural por representantes das várias culturas.

A hermenêutica diatópica é pautada pelo reconhecimento das múltiplas incompletudes das diversas culturas, tendo como ponto de chegada a inteligibilidade mútua das reivindicações de cada cultura. Para evitar que o diálogo intercultural ainda dê lugar a uma política reacionária, critérios básicos pautam o diálogo intercultural e o debate sobre as incompletudes culturais: primeiro, a verificação, dentro de cada cultura, de qual discurso vai mais longe no reconhecimento do outro; segundo, a verificação de como as culturas se valem dos critérios de igualdade e diferença para promover a dignidade. Assim, percebe-se a potência desta teoria para buscar a superação da dicotomia relativismo-universalismo e, quiçá, permitir de fato diálogos interculturais emancipatórios.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

BOBBIO, Norberto, *A Era dos Direitos*, **tradução Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Elsevier, 2004.**

SANTOS, Boaventura de Sousa, *Por uma concepção multicultural de direitos humanos*, **In SANTOS, Boaventura de Sousa (org.), Reconectar para libertar. Os caminhos do cosmopolitismo multicultural, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003.**

GABARITO DA BANCA EXAMINADORA:

- Gabarito: 1 Apresentação e estrutura textual (legibilidade, respeito às margens e indicação de parágrafos), 2 Conhecimento do tema, 2.1 Superação da tensão entre universalismo e relativismo, 2.2 Relação entre as concepções de dignidade humana e a percepção de direitos humanos, 2.3 Diferentes conceitos de dignidade humana, 2.4 Percepção da incompletude das culturas

DPDF - 2013 - CESPE

Redija um texto dissertativo a respeito da implementação do direito à igualdade no âmbito do sistema especial de proteção dos direitos humanos. Em seu texto, aborde, necessariamente, os seguintes aspectos: 1- processo de especificação do sujeito de direito na proteção dos direitos humanos; [valor: 2,00 pontos]2- ações afirmativas como instrumento de inclusão social; [valor: 1,00 ponto] 3- previsão da adoção de ações afirmativas no sistema especial de proteção dos direitos humanos. [valor: 1,80 ponto]

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

O sistema especial de proteção dos direitos humanos abarca diversas convenções internacionais, seja no sistema ONU, seja nos sistemas regionais (interamericano, europeu, africano). Assim, foram aprovadas convenções, por exemplo, sobre os direitos das mulheres, sobre os direitos da criança, sobre direitos das pessoas com deficiência, para prevenção e combate a tortura e tratamentos cruéis, para eliminação da discriminação racial, sobre o estatuto dos refugiados, etc.

Estas diversas convenções revelam um processo de especificação do sujeito de direito na proteção de direitos humanos, com o reconhecimento de vulnerabilidades peculiares que merecem tematização e proteção especial. Enquanto as convenções mais gerais de

direitos humanos tematizam o ser humano como sujeito universal, portador de dignidade e direitos inerentes à própria condição de ser humano, as convenções específicas reconhecem diferenças e opressões que devem ser superadas para a promoção plena da dignidade de todos os seres humanos.

As ações afirmativas são instrumentos para o combate às desigualdades e às diferenciações indevidas. Por meio destas ações, buscam-se medidas que compensem discriminações historicamente sofridas por certos grupos, oportunizando a igualdade material entre os diversos nichos sociais. Um exemplo é a adoção de cotas para negros em universidades, o que decorre do reconhecimento de que este grupo social precisa receber, por certo tempo, vantagens comparativas. O que há, nestes casos, é uma discriminação positiva.

No sistema especial de proteção de direitos humanos, as ações afirmativas são contempladas em diversas convenções: a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial da ONU prevê uma regra geral de que não são consideradas discriminatórias as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos. Ao mesmo tempo, prevê que os Estados devem tomar estas medidas especiais para a proteção destes grupos.

Neste mesmo sentido, a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, da ONU, apresenta uma regra geral sobre o caráter não discriminatório das "medidas especiais" ou ações afirmativas e a necessidade de promoção de medidas especiais para proteger a maternidade. Também a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU prevê que medidas específicas para alcançar a igualdade não são discriminatórias.

No sistema regional também há previsão de medidas específicas para assegurar a igualdade material na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e na Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

"45. Os peticionários também alegam a violação do artigo 24 da Convenção Americana em relação ao direito de igualdade perante a Lei e ao direito à justiça protegidos pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (artigos II e XVIII). 46. Nesse sentido, a Comissão Interamericana destaca que acompanhou com especial interesse a vigência e evolução do respeito aos direitos da mulher, especialmente os relacionados com a violência doméstica. A Comissão recebeu informação sobre o alto número de ataques domésticos contra mulheres no Brasil. Somente no Ceará (onde ocorreram os fatos deste caso) houve, em 1993, 1.183 ameaças de morte registradas nas Delegacias Policiais para a mulher, de um total de 4.755 denúncias.[17] 47. As agressões domésticas contra mulheres são desproporcionadamente maiores do que as que ocorrem contra homens. Um estudo do Movimento Nacional de Direitos Humanos do Brasil compara a incidência de agressão doméstica contra mulheres e contra homens e mostra que, nos assassinatos, havia 30 vezes mais probabilidade de as vítimas o sexo feminino terem sido assassinadas por seu cônjuge, que as vítimas do sexo masculino. A Comissão constatou, em seu Relatório Especial sobre o Brasil, de 1997, que havia uma clara

discriminação contra as mulheres agredidas, pela ineficácia dos sistemas judiciais brasileiros e sua inadequada aplicação dos preceitos nacionais e internacionais, inclusive dos procedentes da jurisprudência da Corte Suprema do Brasil. (...) 53. A Convenção de Belém do Pará é um instrumento essencial que reflete os ingentes esforços envidados no sentido de encontrar medidas concretas de proteção do direito da mulher a uma vida livre de agressões e violência, tanto dentro como fora de seu lar e núcleo familiar. (...) 55. A impunidade que gozou e ainda goza o agressor e ex-esposo da Senhora Fernandes é contrária à obrigação internacional voluntariamente assumida por parte do Estado de ratificar a Convenção de Belém do Pará. A falta de julgamento e condenação do responsável nessas circunstâncias constitui um ato de tolerância, por parte do Estado, da violência que Maria da Penha sofreu, e essa omissão dos tribunais de justiça brasileiros agrava as conseqüências diretas das agressões sofridas pela Senhora Maria da Penha Maia Fernandes. Além disso, como foi demonstrado anteriormente, essa tolerância por parte dos órgãos do Estado não é exclusiva deste caso, mas uma pauta sistemática. Trata-se de uma tolerância de todo o sistema, que não faz senão perpetuar as raízes e fatores psicológicos, sociais e históricos que mantêm e alimentam a violência contra a mulher. 56. Dado que essa violação contra Maria da Penha é parte de um padrão geral de negligência e falta de efetividade do Estado para processar e condenar os agressores, a Comissão considera que não só é violada a obrigação de processar e condenar, como também a de prevenir essas práticas degradantes. Essa falta de efetividade judicial geral e discriminatória cria o ambiente propício à violência doméstica, não havendo evidência socialmente percebida da vontade e efetividade do Estado como representante da sociedade, para punir esses atos. (...) 58. Ante o exposto, a Comissão considera que se verificam neste caso as condições de violência doméstica e de tolerância por parte do Estado definidas na Convenção de Belém do Pará e que o Estado é responsável pelo não-cumprimento de seus deveres estabelecidos nas alíneas b, d, e, f e g do artigo 7 dessa Convenção, em relação aos direitos por ela protegidos, entre os quais o direito a uma vida livre de violência (artigo 3), a que seja respeitada sua vida, sua integridade física, psíquica e moral e sua segurança pessoal, sua dignidade pessoal, igual proteção perante a lei e da lei; e a recurso simples e rápido perante os tribunais competentes, que a ampare contra atos que violem seus direitos (artigo 4,a,b,c,d,e,f,g). (...) 61. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos reitera ao Estado Brasileiro as seguintes recomendações: 1. Completar rápida e efetivamente o processamento penal do responsável da agressão e tentativa de homicídio em prejuízo da Senhora Maria da Penha Fernandes Maia. 2. Proceder a uma investigação séria, imparcial e exaustiva a fim de determinar a responsabilidade pelas irregularidades e atrasos injustificados que impediram o processamento rápido e efetivo do responsável, bem como tomar as medidas administrativas, legislativas e judiciárias correspondentes. 3. Adotar, sem prejuízo das ações que possam ser instauradas contra o responsável civil da agressão, as medidas necessárias para que o Estado assegure à vítima adequada reparação simbólica e material pelas violações aqui estabelecidas, particularmente por sua falha em oferecer um recurso rápido e efetivo; por manter o caso na impunidade por mais de quinze anos; e por impedir com esse atraso a possibilidade oportuna de ação de reparação e indenização civil. 4. Prosseguir e intensificar o processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no Brasil. A Comissão recomenda particularmente o seguinte: a) Medidas de capacitação e sensibilização dos funcionários judiciais e policiais especializados para que compreendam a importância de não tolerar a violência doméstica; b) Simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os

direitos e garantias de devido processo; c) O estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às conseqüências penais que gera; d) Multiplicar o número de delegacias policiais especiais para a defesa dos direitos da mulher e dotá-las dos recursos especiais necessários à efetiva tramitação e investigação de todas as denúncias de violência doméstica, bem como prestar apoio ao Ministério Público na preparação de seus informes judiciais. e) Incluir em seus planos pedagógicos unidades curriculares destinadas à compreensão da importância do respeito à mulher e a seus direitos reconhecidos na Convenção de Belém do Pará, bem como ao manejo dos conflitos intrafamiliares. 5. Apresentar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, dentro do prazo de 60 dias a partir da transmissão deste relatório ao Estado, um relatório sobre o cumprimento destas recomendações para os efeitos previstos no artigo 51(1) da Convenção Americana." (Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Relatório n° 54/01, caso 12.051, Maria da Penha Maia Fernandes)

"Sob uma ótica acadêmica e de modo conciso, Myrl Duncan explica que uma ação afirmativa configura '(...) um programa público ou privado que considera aquelas características as quais vêm sendo usadas para negar [aos excluídos] tratamento igual'. Outra definição – um pouco mais elaborada – é a que consta do art. 2°, II, da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, da Organização das Nações Unidas, ratificada pelo Brasil em 1968, segundo o qual ações afirmativas são '(...) medidas especiais e concretas para assegurar como convier o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais de indivíduos pertencentes a estes grupos com o objetivo de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais'. É necessário ressaltar, porém, que o mencionado dispositivo contém uma ressalva importante acerca da transitoriedade desse tipo de política, assim explicitada: 'Essas medidas não deverão, em caso algum, ter a finalidade de manter direitos desiguais ou distintos para os diversos grupos raciais, depois de alcançados os objetivos em razão dos quais foram tomadas'. Dentre as diversas modalidades de ações afirmativas, de caráter transitório, empregadas nos distintos países destacam-se: (i) a consideração do critério de raça, gênero ou outro aspecto que caracteriza certo grupo minoritário para promover a sua integração social; (ii) o afastamento de requisitos de antiguidade para a permanência ou promoção de membros de categorias socialmente dominantes em determinados ambientes profissionais; (iii) a definição de distritos eleitorais para o fortalecimento minorias; e (iv) o estabelecimento de cotas ou a reserva de vagas para integrantes de setores marginalizados. (...) Dito de outro modo, justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes. Esse modo de pensar revela a insuficiência da utilização exclusiva do critério social ou de baixa renda para promover a integração social de grupos excluídos mediante ações afirmativas, demonstrando a necessidade de incorporar-se nelas considerações de ordem étnica e racial. (...) Foi exatamente a percepção de que a diversidade é componente essencial da formação universitária que pautou as decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos da América nos casos em que ela examinou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa, a exemplo de Bakke v. Regents of the University of Califórnia (1978), Gratz v. Bollinger (2003) e Grutter v. Bollinger (2003). Em tais julgados, a Suprema Corte daquele país avaliou, antes de tudo, a forma pela qual as instituições que adotaram ações afirmativas promoviam a diversidade étnico-racial. O Tribunal não examinou simplesmente se o critério adotado era constitucional ou inconstitucional em

si mesmo. Exigiu, em cada caso, a demonstração de que o fundamento da discriminação positiva adotado pela instituição levaria a uma maior integração e igualdade entre as pessoas, segundo o critério denominado narrowly tailored. (...) Naquele acórdão, definiu-se que as políticas de ação afirmativa, compreendidas como medidas que tem como escopo "reparar ou compensar os fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica", não configuram meras concessões do Estado, mas consubstanciam deveres que se extraem dos princípios constitucionais. A Constituição brasileira – é importante notar - permite que se faça uma abordagem das políticas afirmativas muito mais abrangente daquela feita pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Nos três principais precedentes daquele Tribunal - Bakke v. Regents of the University of California, Gratz v. Bollinger e Grutter v. Bollinger – entendeu-se que o uso de critérios étnico-racias seria constitucional desde que (i) não configurasse reserva de vagas ou o estabelecimento de cotas; e (ii) fossem empregados em conjunto com outros fatores de aferição do mérito. No Brasil, entretanto, diferentemente do debate que se travou na Suprema Corte daquele país, não há dúvidas, a meu sentir, quanto à constitucionalidade da política de reserva de vagas ou do estabelecimento de cotas nas universidades públicas, visto que a medida encontra amparo no próprio Texto Magno, conforme salientado anteriormente. (...) Isso posto, considerando, em especial, que as políticas de ação afirmativa adotadas pela Universidade de Brasília (i) têm como objetivo estabelecer um ambiente acadêmico plural e diversificado, superando distorções sociais historicamente consolidadas, (ii) revelam proporcionalidade e a razoabilidade no concernente aos meios empregados e aos fins perseguidos, (iii) são transitórias e prevêem a revisão periódica de seus resultados, e (iv) empregam métodos seletivos eficazes e compatíveis com o princípio da dignidade humana, julgo improcedente esta ADPF." (STF, ADPF 186, cotas raciais em universidades)

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

PIOVESAN, Flávia. Temas de Direitos Humanos. São Paulo, Saraiva, 2003.

WEIS, Carlos. Direitos Humanos Contemporâneos. 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2014.

GABARITO DA BANCA EXAMINADORA:

- Gabarito: 1- Apresentação e estrutura textual (legibilidade, respeito às margens e indicação de parágrafos) - 0,00 a 0,20 - 2 Desenvolvimento do tema - 2.1 Processo de especificação do sujeito de direito na proteção dos direitos humanos - 0,00 a 2,00 - 2.2 Ações afirmativas - 0,00 a 1,00 - 2.3 Previsão da adoção de ações afirmativas no sistema especial de proteção dos direitos humanos - 0,00 a 1,80

DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

DPE/RR - 2013 - CESPE

Toda criança e todo adolescente têm o direito fundamental à liberdade, palavra que, segundo José Afonso da Silva, deve ser empregada no plural – liberdades. O autor distingue

cinco formas da liberdade: liberdade da pessoa física, liberdade de pensamento, liberdade de expressão coletiva, liberdade de ação profissional e liberdade de conteúdo econômico e social – de ensino, de comércio. Considerando que o texto acima tem caráter meramente motivador, discorra sobre a implantação do "toque de recolher" ou "toque de acolher", medida adotada em diversos municípios brasileiros, que amparada por portarias judiciais editadas pelas respectivas varas da infância e da juventude, impede crianças e adolescentes de transitarem desacompanhado pelas ruas após determinado horário ou de freqüentar determinados lugares, como bares ou restaurantes. Ao elaborar seu texto, faça o que se pede a seguir: 1- mencione a natureza jurídica da portaria judicial. 2- apresente os principais argumentos jurídicos contrários e favoráveis à implantação da referida medida.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

As portarias que instituem o "toque de recolher" para crianças e adolescentes são atos normativos editados pelo Poder Judiciário. Tais atos fixam horário para crianças e adolescentes permanecerem em espaços públicos ou comunitários, sendo dotados de impessoalidade, generalidade e abstração.

Segundo os defensores da edição de tais portarias, estas se fazem necessárias como medida para diminuir ou evitar a participação de crianças e adolescentes em atos ilícitos. Juridicamente, as portarias são defendidas com base no art. 16, I; e 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Igualmente, o art. 70 do ECA dispõe que é dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescentes.

Dessa forma, para os que se mostram favoráveis às portarias, com fundamento no poder conferido à Justiça da Infância e Juventude pelo art 149 do ECA e nos excertos normativos supratrasncritos, pode o Poder Judiciário fixá-las, sendo estas uma forma de proteção de crianças e adolescentes.

Por outro lado, os que são contrários ao "toque de recolher" pregam que as portarias violam o direito fundamental à liberdade de locomoção, consubstanciada no art. 5º, XV, da CRFB e nos arts. 15 e 16 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Ademais, sustentam que qualquer obrigação de fazer ou não fazer só pode ser determinada por lei, em razão do princípio da legalidade, corolário do Estado de Direito (art. 2º da CRFB).

Por fim, a doutrina contrária à edição das portarias ressalta a redação do art. 149, parágrafo 2º, do ECA, que determina que as medidas determinadas pelo juiz devem ser fundamentadas caso a caso, sendo vedadas medidas de caráter genérico. O STJ já decidiu pela ilegalidade das portarias que instituem o "toque de recolher", não tendo a Suprema Corte se manifestado a respeito até então.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. HABEAS CORPUS. PORTARIA EDITADA POR JUÍZO DA COMARCA. RESTRIÇÃO DO DIREITO DE PERMANÊNCIA E LOCOMOÇÃO DE MENORES DESACOMPANHADOS DOS PAIS OU RESPONSÁVEL LEGAL EM RUAS E LOGRADOUROS PÚBLI-

COS. NORMA DE CARÁTER GENÉRICO, ABSTRATA E SEM FUNDAMENTAÇÃO. ART. 149 DO ECA. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. O entendimento firmado em ambas Turmas que compõem a Primeira Seção desta Corte Superior é no sentido de que "é preciso delimitar o poder normativo da autoridade judiciária estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em cotejo com a competência do Poder Legislativo sobre a matéria" (HC 207.720/SP, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJ de 23/2/12). 2. "Nos termos do art. 149 do ECA (Lei n. 8.069/1990), a autoridade judiciária pode disciplinar, por portaria, a entrada e permanência de criança ou adolescente desacompanhados dos pais ou responsáveis nos locais e eventos discriminados no inciso I, devendo essas medidas ser fundamentadas, caso a caso, vedadas as determinações de caráter geral, ex vi do § 2º" (REsp 1.292.143/SP, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, DJe de 21/6/12). 3. Na caso em exame, a Portaria 17/04-DF que instituiu horário máximo de permanência de menores desacompanhados dos pais ou responsável legal nas ruas da Comarca de Itaporã/MS é de caráter geral, abstrata e sem nenhuma fundamentação de sua necessidade, razão pela qual não deve subsistir, por ofensa ao art. 149 do ECA. 4. Ordem concedida para declarar a ilegalidade da Portaria 017/2004-DF, de 5/5/04, editada pelo Juízo da Única Vara da Comarca de Itaporã/MS. (HC 251.225/MS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe 22/11/2012)

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. HABEAS CORPUS. TOQUE DE RECOLHER. SUPERVENIÊNCIA DO JULGAMENTO DO MÉRITO. SUPERAÇÃO DA SÚMULA 691/STF. NORMA DE CARÁTER GENÉRICO E ABSTRATO. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. Trata-se de Habeas Corpus Coletivo "em favor das crianças e adolescentes domiciliados ou que se encontrem em caráter transitório dentro dos limites da Comarca de Cajuru-SP" contra decisão liminar em idêntico remédio proferida pela Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

2. Narra-se que a Juíza da Vara de Infância e Juventude de Cajuru editou a Portaria 01/2011, que criaria um "toque de recolher", correspondente à determinação de recolhimento, nas ruas, de crianças e adolescentes desacompanhados dos pais ou responsáveis: a) após as 23 horas, b) em locais próximos a prostíbulos e pontos de vendas de drogas e c) na companhia de adultos que estejam consumindo bebidas alcoólicas. A mencionada portaria também determina o recolhimento dos menores que, mesmo acompanhados de seus pais ou responsáveis, sejam flagrados consumindo álcool ou estejam na presença de adultos que estejam usando entorpecentes. 3. O primeiro HC, impetrado no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, teve sua liminar indeferida e, posteriormente, foi rejeitado pelo mérito. 4. Preliminarmente, "o óbice da Súmula 691 do STF resta superado se comprovada a superveniência de julgamento do mérito do habeas corpus originário e o acórdão proferido contiver fundamentação que, em contraposição ao exposto na impetração, faz suficientemente as vezes de ato coator (...)" (HC 144.104/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 2.8.2010; cfr. Ainda HC 68.706/MS, Sexta Turma, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 17.8.2009 e HC 103.742/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 7.12.2009). 5. No mérito, o exame dos consideranda da Portaria 01/2011 revela preocupação genérica, expressa a partir do "número de denúncias formais e informais sobre situações de risco de crianças e adolescentes pela cidade, especificamente daqueles que permanecem nas ruas durante a noite e madrugada, expostos, entre outros, ao oferecimento de drogas ilícitas, prostituição, vandalismos e à própria influência deletéria de pessoas voltadas à prática de crimes". 6. A despeito das legítimas preocupações da autoridade coatora com as contribuições necessárias do Poder Judiciário para a garantia de dignidade, de proteção integral e de direitos fundamentais da criança e do adolescente, é preciso delimitar o poder nor-

mativo da autoridade judiciária estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em cotejo com a competência do Poder Legislativo sobre a matéria. 7. A portaria em questão ultrapassou os limites dos poderes normativos previstos no art. 149 do ECA. "Ela contém normas de caráter geral e abstrato, a vigorar por prazo indeterminado, a respeito de condutas a serem observadas por pais, pelos menores, acompanhados ou não, e por terceiros, sob cominação de penalidades nela estabelecidas" (REsp 1046350/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJe 24.9.2009). 8. Habeas Corpus concedido para declarar a ilegalidade da Portaria 01/2011 da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Cajuru. (HC 207.720/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/2011, DJe 23/02/2012)

GABARITO DA BANCA EXAMINADORA:

Gabarito: 1 Apresentação e estrutura textual (legibilidade, respeito às margens e indicação de parágrafos), 2 Desenvolvimento do tema, 2.1 Natureza jurídica da portaria judicial, 2.2 Argumentos jurídicos contrários à implantação do toque de recolher, 2.3 Argumentos jurídicos favoráveis à implantação do toque de recolher.

DPE/SE - 2012 - CESPE

Discorra sobre a prescrição da medida socioeducativa, abordando, necessariamente os seguintes aspectos: 1- contagem do prazo prescricional; 2-prescrição da pretensão de aplicação da medida socioeducativa; 3-prescrição da pretensão executoria da medida socioeducativa.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

A prescrição, neste caso, consiste na perda do direito de o Estado aplicar ou executar qualquer medida socioeducativa a adolescente supostamente envolvido em ato infracional.

O instituto da prescrição não foi tratado expressamente no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), mas o princípio da atualidade, previsto no art. 100, parágrafo único, VIII, da Lei nº 8.069/90 seria um fundamento implícito para a aplicação da prescrição às medidas socioeducaticas.

Também devemos lembrar que a prescrição é um instituto previsto no Código Penal, sendo benéfico para os adultos, e pelo fato dos adolescentes não poderem sofrer tratamento mais gravoso do que o dispensado aos maiores de 18 anos, na forma do art. 35, I, da Lei nº 12.594/12, torna-se imperiosa a sua aplicação aos adolescentes.

O STJ já consolidou o entendimento no sentido da aplicabilidade da prescrição ao adolescente envolvido em ato infracional, conforme a súmula 338. Tal súmula foi importante para dirimir qualquer dúvida sobre a aplicação da prescrição ao adolescente autor de ato infracional, porém não esclareceu em qual prazo haveria a consumação da mesma.

No entanto, o STJ vem entendendo que se deve calcular a prescrição com base no prazo máximo de duração da medida socioeducativa, caso não tenha sido fixado o tempo de duração. Na hipótese de fixação do prazo de cumprimento da medida socioeducativa, este deve ser o parâmetro para o cálculo da prescrição. O prazo máximo de cumprimento da medida socioeducativa (se não foi fixado prazo), ou o prazo fixado na decisão judicial,

deve ser inserido na "tabela" do artigo 109 do Código Penal, não podendo ser esquecida a redução de metade do lapso temporal prescricional, em razão da causa de redução prevista no artigo 115 do Código Penal.

Por exemplo, sendo aplicada a medida socioeducativa de internação, sem prazo previsto na sentença, deve se considerar o seu tempo máximo de duração, que é de três anos (art. 121, §3º, da Lei nº 8.069/90). Assim, com base no art. 109, IV, do CP, encontramos o prazo prescricional de oito anos, que deve ser reduzido pela metade com base no art. 115 do CP, chegando-se ao prazo prescricional de quatro anos.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. HABEAS CORPUS. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES. (1) MATÉRIAS NÃO ANALISADAS NO ACÓRDÃO OBJURGADO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. (2) MEDIDA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO À COMUNIDADE. PRAZO FIXADO. QUATRO MESES. LAPSO PRESCRICIONAL: UM ANO E SEIS MESES. (3) PERÍODO ENTRE O DESCUMPRIMENTO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA IMPOSTA E A DECISÃO DE REGRESSÃO PARA INTERNAÇÃO SUPERIOR A UM ANO E SEIS MESES. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. OCORRÊNCIA. (4) ANÁLISE DAS DEMAIS MATÉRIAS PREJUDICADA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO 1.A matéria que não foi examinada pela Corte de origem não pode ser enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância. Hipótese em que as questões acerca do cerceamento de devesa e violação do devido processo legal não foram analisadas no acórdão vergastado. Contudo, por se tratar de matéria de ordem pública, no que toca a prescrição da ação socioeducativa, indubitável a possibilidade de sua apreciação. 2. Esta Corte aplica as normas do Código Penal à prescrição relativa aos procedimentos por ato infracional do ECA. Não havendo fixação de prazo máximo de sujeição, o lapso prescricional é de quatro anos. Todavia, à luz do princípio da proporcionalidade, se a medida socioeducativa for por prazo fixo, ou se a pena máxima do delito análogo for igual ou inferior a dois anos, empregam-se tais quantitativos para o cômputo. 3. In casu, a medida socioeducativa de prestação de serviço à comunidade foi determinada com prazo preestabelecido - por 4 (quatro) meses-, a prescrição, portanto, ocorre em um ano e seis meses. A execução da medida socioeducativa foi interrompida em 03.01.2012, quando o Paciente deixou de comparecer à instituição designada para a prestação de serviços comunitários. Daí, o Juízo de primeiro grau determinou, em 13.11.2014, a regressão da medida, impondo a internação, pelo período de até 3 (três) anos. Entretanto, diante da data da ocorrência do descumprimento da medida imposta (03.01.2012) até o decisum de regressão da medida para a internação (13.11.2014), tem-se por fulminada a possibilidade da execução da resposta estatal. 4. Prejudicada a análise das demais matérias trazidas a debate. 5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, ex officio, acolhido o parecer ministerial, para declarar a prescrição da ação socioeducativa. **HC 321729/PB**

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

Valter Kenji Ishida, Estatuto da Criança e do Adolescente, Editora Jus Podium, 17ª Edição

---

DPE/BA - 2010 - CESPE

Um adolescente foi apreendido, em flagrante, no centro de Salvador-BA, portando 100 gramas de substância entorpecente, supostamente cocaína. Encaminhado ao distrito policial especializado, foi prontamente liberado pela autoridade policial, sob termo de compromisso do seu responsável pela sua apresentação ao representante do Ministério Público, que, dois dias depois, formulou representação contra o adolescente, pugnando pela aplicação de medida socioeducativa. A mãe do adolescente, no dia seguinte, encaminhou-se à Defensoria Pública do Estado da Bahia e, após comprovar a condição de hipossuficiência familiar, pugnou pela assistência judiciária ao filho. Em face dessa situação hipotética, responda, de forma fundamentada, à luz da garantia de independência funcional dos membros da defensoria público dos estados, disposta no artigo 127, inciso I, da Lei Complementar nº 80, às seguintes indagações. Considerando que o ato infracional foi cometido, pelo adolescente, sem violência ou grave ameaça à pessoa, faz-se necessária a produção de laudo de constatação preliminar da substância para a comprovação da materialidade da infração e como condição para o oferecimento da representação por parte do Ministério Público? Caso se verifique a insuficiência de medida de semiliberdade anteriormente imposta em sentença transitada em julgado para a promoção da ressocialização do adolescente, é cabível, no âmbito dos atos infracionais, substituí-la por medida de internação?

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

Para que o Ministério Público ofereça representação em face do adolescente, é necessário o laudo de constatação preliminar da substância entorpecente, pois é imprescindível a existência de, ao menos, indícios suficientes de materialidade. O laudo de constatação preliminar é indispensável para o oferecimento da representação, enquanto que o laudo de constatação definitivo é necessário para que seja proferida sentença de procedência.

Sobre a necessidade de prova pericial, a doutrina majoritária aponta que o crime relacionado às drogas ilícitas depende de prova pericial, pois é infração penal que deixa vestígio (art. 158 do CPP). Logo, a materialidade precisa ser formada pelo laudo toxicológico, isto é, quando peritos examinam o produto apreendido, necessariamente atestando tratar-se de substância entorpecente e indicando qual é a espécie.

A medida de internação é submetida aos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, só podendo ser aplicada nas hipóteses taxativas do artigo 122 da Lei nº 8.069/90, isto é, quando se tratar de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa; reiteração no cometimento de outras infrações graves; ou descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

A primeira hipótese é inaplicável à questão, pois no ato infracional análogo ao crime de tráfico inexiste grave ameaça ou violência à pessoa. A segunda hipótese exige a reiteração de atos infracionais graves para que seja aplicável a internação.

Vale destacar a súmula 492 do STJ, que dispõe que o ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REPRESENTAÇÃO REJEITADA. AUSÊNCIA DO LAUDO DE CONSTATAÇÃO PRELIMINAR. APELAÇÃO PROVIDA PARA DETERMINAR O PROSSEGUIMENTO DO FEITO. MATERIALIDADE DO ATO INFRACIONAL. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA. 1. Na esteira da jurisprudência desta Corte Superior, afirmar a desnecessidade do laudo de constatação preliminar quando do oferecimento da representação contra o menor implicaria admitir a sujeição do adolescente a procedimento voltado à apuração da prática de ato infracional sem que seja demonstrada, ao menos em juízo inicial, a materialidade da conduta, o que, a teor do art. 50, § 1º da Lei n. 11.343/2006, não se permite sequer em relação à lavratura do auto de prisão em flagrante e o recebimento da denúncia nos crimes praticados por adultos, visto que o referido atestado configura condição de procedibilidade para apuração do ilícito de tráfico de entorpecente. 2. Ordem concedida para reformar o aresto impetrado e restabelecer a sentença de primeiro grau que rejeitou a representação. **HC 153088/SP**

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. NÃO OCORRÊNCIA DAS HIPÓTESES DO ART. 122 DA LEI N. 8.069/90. SÚMULA N. 492/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. O Tribunal de origem, ao decidir pela medida socioeducativa de internação, divergiu da jurisprudência pacífica desta Corte Superior, no sentido de que a prática de ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente (Súmula n. 492 do STJ). 2. A medida socioeducativa de internação está autorizada nas hipóteses taxativamente elencadas no art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o que denota a ilegalidade da constrição determinada em desfavor do ora agravado, com base na gravidade abstrata do ato infracional. 3. Outrossim, não há notícias, nos autos, de elementos que apontem a existência da prática reiterada de atos infracionais graves ou o descumprimento reiterado e injustificável de medidas socioeducativas anteriormente RELACIONADAs, nos termos do art. 122, II e III, da Lei n. 8.069/90. 4. Agravo regimental improvido. **AgRg no** *REsp 1523192*

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

Valter Kenji Ishida, Estatuto da Criança e do Adolescente, Editora Jus Podium, 17ª Edição

Guilherme de Souza Nucci, Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais

---

DPE/AC - 2012 - CESPE

A Constituição Federal de 1988 e o ECA garantem a toda criança e a todo adolescente o direito à convivência familiar, ou seja, o de serem criados e educados no seio de sua família. A regra, portanto, é a permanência dos filhos junto aos pais biológicos. Existem situações, todavia, que, para o saudável desenvolvimento mental e físico do infante, o distanciamento, provisório ou definitivo, de seus genitores biológicos ou civis é a única solução. Há, ainda, casos de afastamento motivados pelos próprios pais, que abandonam a prole à própria sorte. Tais situações caracterizam a família disfuncional, que, sob o enfoque jurídico,

significa o núcleo familiar que, invariavelmente, não atende às necessidades emocionais, físicas e intelectuais da prole, mesmo com auxílio para tanto, tornando-se inadequado para desempenhar a sua função ou o seu papel parental. Kátia Maciel (Coord.). Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. 5.a ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 193 (com adaptações). Em face do fragmento de texto acima, meramente motivador, disserte sobre as modalidades de colocação de criança ou adolescente em família substituta, indicando as principais características de cada uma delas.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê três espécies de família: a natural, a extensa e a substituta. A família natural é a formada pelos pais ou qualquer deles e seus filhos e está prevista no art. 25 da Lei nº 8.069/90. A família extensa é formada por outros parentes que não os pais, com os quais a criança ou o adolescente convive e mantém laços de afinidade e afetividade. A família substituta é formada por pessoas que não possuem parentesco biológico com a criança ou adolescente.

Em termos conceituais, a família substituta trata-se de família sucessiva, que irá ocupar o lugar da família natural ou biológica. Por vezes, os pais de sangue não possuem condições de criar, sustentar e educar o filho gerado, obrigações decorrentes do poder familiar; sabendo-se que a Constituição Federal assegura, em primeiro plano, o superior interesse da criança e do adolescente (absoluta prioridade + proteção integral), o mais importante é a boa formação do infante ou jovem, podendo dar-se na família substituta. Essa família se forma a partir da adoção, tutela ou guarda. A primeira delas, adoção, é inequivocamente a mais intensa forma de nascimento e fortalecimento dos laços familiares.

A família substituta admite três modalidades: guarda, tutela e adoção, na forma do art. 28 do ECA, e somente é admitida quando há impossibilidade de permanência da criança ou o adolescente junto à sua família natural ou extensa. A prioridade é a manutenção da criança ou adolescente em sua família natural ou, em segundo lugar, a colocação em família substituta. A inserção em família substituta é excepcional, conforme preceitua o art. 19 da Lei nº 8.069/90.

Para colocação em família substituta, sempre que for possível, a criança ou o adolescente deverá ser ouvido por equipe interprofissional capacitada, e terá sua opinião considerada. No caso de adolescente, será necessário seu consentimento colhido em audiência, conforme art. 28, §2º, do ECA.

Quando se tratar de grupos de irmãos (art. 28, §4º, do ECA), estes deverão ser colocados sob guarda, tutela ou adoção da mesma família substituta, em razão do superior interesse da criança e do adolescente. A separação de irmãos deverá ser excepcionalíssima, quando for comprovada a existência de risco de abuso ou outra situação que justifique a solução diversa. Em qualquer caso, deve ser evitado o rompimento definitivo dos vínculos fraternais. A inserção em família substituta estrangeira será excepcional, apenas admissível na modalidade adoção, pois a colocação em famílias domiciliadas no Brasil tem prioridade.

Acerca da adoção, ela é o estabelecimento do vínculo legal de paternidade e/ou maternidade a uma pessoa que, biologicamente, não é filho, mas passa a ser considerado para

todos os fins de direito. A adoção exige o consentimento dos pais, mas caso inexista tal anuência, deverá ocorrer a destituição do poder familiar.

Frise-se que a adoção deve ser precedida de estagio de convivência, no qual é verificada a compatibilidade de personalidades e bom relacionamento entre adotante e adotado. Na adoção nacional não há prazo mínimo de duração. No caso de adoção internacional, o estágio de convivência terá o prazo mínimo de trinta dias. O estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando já estiver sob tutela ou guarda legal do adotante em tempo suficiente para que seja possível avaliar a existência de vínculo socioafetivo (art. 46 e parágrafos da Lei nº 8.069/90).

Como características, a adoção possui algumas: é irrevogável; é ato personalíssimo; é exigível a diferença de 16 anos de idade entre quem adota e quem é adotado; é excepcional; e plena. É constituída por sentença judicial e cria vínculo de filiação, modificando o patronímico do adotado.

Quem adota, em regra, deve ser habilitado e inscrito no cadastro nacional de adoção. A habilitação visa verificar se a pessoa está apta para adotar. O processo de habilitação é iniciado na Vara da Infância e Juventude e, ao final do processo, é decidido se o pretendente é apto ou não para adotar. Caso seja habilitada, a pessoa é inserida no Cadastro Nacional de Adoção, que nada mais é do que a ordem cronológica dos interessados em adotar. Importante mencionar que a habilitação não poderá ser dispensada. Diferente do que ocorre no cadastro, que poderá ser afastado, nas hipóteses do art. 50, §13º, da Lei nº 8.069/90.

Os adotantes possuem o poder de gerir a pessoa e os bens do filho, não prestando contas da administração, pois são pais (art. 1689 do CC), ressalvadas as exceções do artigo 1693 do Código Civil, quando não terão administração nem usufruto.

A adoção rompe integralmente o vínculo do adotado em relação a sua família biológica, salvo com os impedimentos matrimoniais (art. 41 da Lei nº 8.069/90) e, ao mesmo tempo, cria o vínculo de parentesco com os adotantes e todos os seus parentes. De acordo com o art. 227, §6º, da CRFB, os filhos havidos por adoção possuem os mesmos direitos de um filho biológico, sendo vedada qualquer discriminação.

Em relação à tutela, ela é uma forma de colocação em família substituta, menos sofisticada que a adoção, porém mais complexa que a guarda, pois envolve cuidados com a pessoa e com a administração de bens do menor de dezoito anos. A tutela pressupõe a destituição ou suspensão do poder familiar; não cria parentesco; é medida temporária e revogável; parentes podem exercer a tutela sem restrições; e não exige diferença de idade de dezesseis anos.

O tutor tem o poder de gerir a pessoa e os bens do pupilo, mas deverá prestar contas da administração dos bens do tutelado, destacando que ele poderá adotar o tutelado (desde que preste contas previamente e salde eventuais dívidas existentes, nos termos do art. 44 da Lei nº 8.069/90). O tutor pode ser destituído da tutela caso seja negligente ou a exerça de maneira contrária aos interesses do pupilo.

Em relação à guarda, ela tem por escopo regularizar a posse de fato de criança ou de adolescente, podendo ser deferida liminarmente ou incidentalmente nos procedimentos

de tutela e adoção. Ela é proibida quando o requerente é domiciliado ou residente fora do Brasil. Ademais, a guarda obriga a prestação de assistência material moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo ao seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. Somado a isso, a guarda poderá ser deferida fora dos processos de tutela e adoção para atender situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável.

A guarda somente poderá ser deferida judicialmente. A exceção é a guarda natural dos pais, titulares do poder familiar. O guardião tem o poder de gerir a pessoa que está sob guarda, mas não possui poder de gestão patrimonial, por isso não presta contas.

Por fim, a guarda é uma medida compatível com o poder familiar, não criando parentesco entre o titular da guarda e a pessoa sujeita à mesma. Pode ser exercida por parentes, não exigindo diferença de idade mínima de dezesseis anos e não é medida definitiva.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

Valter Kenji Ishida, Estatuto da Criança e do Adolescente, Editora Jus Podium, 17ª Edição

Guilherme de Souza Nucci, Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais

DPE/RN - 2015 - CESPE

Menor de idade foi apreendido em flagrante por ter praticado ato infracional equiparado ao crime de tráfico ilícito de drogas e associação para o tráfico. A autoridade judiciária determinou, na sentença, a aplicação da medida socioeducativa de internação, mediante prova de que o menor, que fizera do tráfico seu meio de vida, estaria associado à cúpula de perigosa facção criminosa, além de já ter descumprido três medidas socioeducativas de liberdade assistida em condenações que envolveram atos infracionais da mesma natureza. A Defensoria Pública (DP) impugnou a decisão, com base em jurisprudência do STJ, destacando a ilegalidade da medida imposta. Considerando essa situação hipotética, disserte sobre a (i)legalidade da medida socioeducativa de internação aplicada ao menor [valor: 1,00 ponto], posicionando-se, conclusivamente, sobre a procedência da impugnação apresentada pela DP [valor: 1,40 ponto]. Fundamente sua resposta com base no ECA e na jurisprudência do STJ.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

A medida de internação é submetida aos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, só podendo ser aplicada nas hipóteses taxativas do art. 122 da Lei nº 8.069/90, isto é, quando se tratar de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa; reiteração no cometimento de outras infrações graves; ou descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

No caso narrado o adolescente já praticou três atos infracionais análogos ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes e recebeu medidas em meio aberto, que foram ineficazes e insuficientes para a sua ressocialização, estando presente a reiteração em atos infracionais

graves. Vale destacar a súmula 492 do STJ, que dispõe que o ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente.

Existindo reiteração, excepcionalmente o STJ admite o cabimento da medida socioeducativa de internação, mas caso se demonstre que a mesma atenda ao princípio da excepcionalidade, sendo a única medida socioeducativa adequada à ressocialização do adolescente. O juiz deve analisar as peculiaridades da situação e, no momento da aplicação da medida socioeducativa, avaliar as condições específicas do adolescente, ou seja, o meio social em que está inserido, seu grau de escolaridade, a atividade laboral, sua família e seu grau de envolvimento com o trafico de drogas.

A decisão não é ilegal, sendo cabível a aplicação da medida de internação, mas também pode se avaliar a adequação da medida de semiliberdade, que ainda não foi aplicada ao adolescente. Com isso, a impugnação da Defensoria Pública deve ser improvida.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. INTERNAÇÃO. ART. 122 DO ECA. ROL TAXATIVO. REITERAÇÃO NO COMETIMENTO DE OUTRAS INFRAÇÕES GRAVES. MEDIDA DE INTERNAÇÃO JUSTIFICADA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT DENEGADO. 1. A medida socioeducativa de internação somente pode ser RELACIONADA quando caracterizada ao menos uma das hipóteses previstas no art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente e caso não haja outra medida adequada e menos onerosa à liberdade do adolescente. 2. Ante a prática de atos infracionais equivalentes aos crimes de tráfico de drogas e de associação para o tráfico, as instâncias ordinárias entenderam devida a imposição da medida de internação com base na reiteração infracional, em consonância com o art. 122, II, do ECA. 3. O Juízo de primeiro grau enfatizou que o adolescente já havia praticado dois atos infracionais equivalentes ao crime de roubo e descumpriu as medidas em meio aberto anteriormente impostas, bem como se encontrava em situação de risco social, pois abandonou os estudos, não exercia atividade lícita e estava em São Paulo, "há mais de mil quilômetros de distância de sua residência, sem qualquer representante legal", para a prática do comércio espúrio. Essa é a terceira representação julgada procedente em seu desfavor, pela prática de mais duas infrações. 4. Não há falar em liberação do paciente apenas porque está internado na comarca onde vivia e praticou os atos infracionais, diferente daquela do domicílio de seus pais, pois sua restituição à situação de risco social em que se encontrava, sem indicativos de que estará livre dos fatores que o levaram à prática de infrações como meio de sobrevivência, não é compatível com a doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente e com a finalidade pedagógica das medidas socioeducativas. Ademais, o art. 124 do ECA não estabelece, em caráter absoluto, a obrigatoriedade da execução da medida no domicílio do responsável legal. 5. Não há constrangimento ilegal a ser sanado no habeas corpus quando o Juízo de primeiro grau, observando o princípio do fortalecimento dos vínculos familiares no processo socioeducativo, já oficiou a Corregedoria Geral de Justiça e aguarda vaga para a internação do paciente na localidade do domicílio de seus familiares. 6. Habeas corpus denegado. HC 343717 / SP

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

Valter Kenji Ishida, Estatuto da Criança e do Adolescente, Editora Jus Podium, 17ª Edição

Guilherme de Souza Nucci, Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais

DPDF - 2013 - CESPE

Redija texto dissertativo a respeito dos direitos fundamentais expressos no Estatuto da Criança e do Adolescente [valor: 2,20 pontos] e da repercussão do princípio da proteção das novas gerações nas políticas públicas de atendimento e no enfrentamento das violações aos direitos humanos das crianças e dos adolescentes, de acordo com a legislação vigente no país [valor: 2,60 pontos].

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

A Lei nº 8.069/90 trata expressamente dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes nos arts 7º ao 69.

Inicialmente, deve ser esclarecido que os direitos fundamentais de crianças e adolescentes não são diferentes daqueles deferidos às demais pessoas, pois o direito à vida, saúde, liberdade, respeito, dignidade, convivência familiar e comunitária, educação, cultura, esporte, lazer, profissionalização e proteção no trabalho, dentre outros, são titularizados por todos os seres humanos. O próprio art. 3º do ECA esclarece que crianças e adolescentes gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana.

A diferença existe apenas na priorização, em tese, dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, pois de acordo com o art. 1º da Lei nº 8.069/90, esta dispõe sobre a proteção integral, que consiste em um princípio previsto no art. 100, parágrafo único, IV, da Lei nº 8.069/90.

O princípio da proteção integral significa que todas as crianças e adolescentes, independente da origem, condição econômica, situação jurídica, nacionalidade, possuem prioridade no exercício dos direitos inerentes à pessoa humana. Tal prioridade reflete, inclusive, na elaboração de políticas públicas, pois o art. 4º do ECA dispõe que a garantia de prioridade compreende além da primazia em receber proteção e socorro, a precedência em atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública, a preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas, bem como a destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e juventude.

O princípio da proteção integral e prioritária busca não apenas promover a proteção de crianças e adolescentes, mas visa, principalmente, proteger as gerações futuras, criando um círculo virtuoso, pois se as crianças e adolescentes forem adequadamente criadas e respeitadas, estes serão adultos que respeitarão os direitos de futuras crianças e adolescentes, e assim sucessivamente, o que se convencionou denominar de princípio da proteção das novas gerações.

Como os direitos de crianças e adolescentes são, na verdade, direitos humanos que possuem uma maior prioridade legal e constitucional, qualquer violação de direitos da criança ou adolescente nada mais é do que uma qualificada violação de direitos humanos. Importante observar que o artigo 227 da Constituição Federal também enumera diversos direitos fundamentais da criança e do adolescente, incluindo o direito à alimentação.

A Lei nº 13.257/16 criou ainda uma maior prioridade às crianças na primeira infância, que possuem até 6 anos, mesmo em relação às demais crianças e adolescentes, sendo mais relevante atender aos direitos fundamentais de crianças na primeira infância.

Por fim, é importante esclarecer que o nosso ordenamento jurídico já possui normas claras e avançadas sobre os direitos fundamentais de crianças e adolescentes, sendo necessária a sua efetiva implementação, já que são normas com aplicabilidade imediata, dependendo apenas de ação concreta do poder público.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

Curso de Direito da Criança e do Adolescente, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel, Editora Saraiva, 6ª edição

DPE/BA - 2010 - CESPE

Caso um adolescente cometa, sem histórico de reincidência, o delito de apropriação indébita de um produto, é possível a aplicação, de pronto, por juiz da infância e da juventude, de medida de internação? Fundamente sua resposta.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

Não será possível a aplicação de medida socioeducativa de internação, pois o ato infracional análogo ao crime de apropriação indébita é considerado leve, já que a pena mínima não supera um ano, sendo aplicável ao adulto envolvido neste ilícito o instituto da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/95).

Por tal motivo, baseado na regra de que o adolescente não pode sofrer um tratamento mais gravoso que o do adulto (art. 35, I, da Lei nº 12.594/12), já que sujeito ao princípio da proteção integral, é absolutamente impossível a aplicação da medida socioeducativa de internação ao adolescente. Como o adulto não seria privado de liberdade por tal conduta, não poderá o adolescente ser.

A medida de internação é submetida aos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, só podendo ser aplicada nas hipóteses taxativas do art. 122 da Lei nº 8.069/90, isto é, quando se tratar de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa; reiteração no cometimento de outras infrações graves; ou descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

A primeira hipótese é inaplicável à questão, pois no ato infracional análogo ao crime de tráfico inexiste grave ameaça ou violência à pessoa. A segunda hipótese exige a reiteração de atos infracionais graves para que seja aplicável a internação. A terceira hipótese, por sua vez, também é inaplicável, pois inexiste descumprimento reiterado e injustificado de medida anteriormente imposta.

Segundo a mais abalizada doutrina, tratando-se da mais rigorosa medida socioeducativa, deve ser aplicada pelo juiz em casos extremos, em particular atos infracionais cometidos com violência contra a pessoa. Equivale, em comparação com o sistema penal, ao regime fechado. Rege-se pelos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar do jovem em desenvolvimento.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ATOS INFRACIONAIS ANÁLOGOS AOS DELITOS DE FURTO E AMEAÇA. INTERNAÇÃO. ART. 122 DA LEI N. 8.069/1990. HIPÓTESES TAXATIVAS. GRAVIDADE ABSTRATA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL MANIFESTO. ORDEM NÃO CONHECIDA, MAS CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA QUE SEJA RELACIONADA AO PACIENTE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE SEMILIBERDADE. - Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal - STF, tem amoldado o cabimento do remédio heroico, adotando orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, à luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício. - É entendimento pacífico da jurisprudência dessa Corte que a medida de internação só é possível nas hipóteses taxativas do art. 122 da Lei n. 8.069/1990, a saber: a) quando o ato infracional for praticado com grave ameaça ou violência contra a pessoa; b) quando houver o reiterado cometimento de outras infrações graves; ou c) quando haja o descumprimento reiterado e injustificado de medida anteriormente imposta. - Na hipótese, constata-se a insuficiência de fundamentação da decisão que impôs a medida de internação em razão da ato infracional praticado sem violência ou grave ameaça, ao menor que, pelo que consta dos autos, não se encontra em situação que se subsuma a qualquer das hipóteses previstas no art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para que seja RELACIONADA ao paciente medida socioeducativa de semiliberdade. **HC 291858** / *SP*

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

Valter Kenji Ishida, Estatuto da Criança e do Adolescente, Editora Jus Podium, 17ª Edição

Guilherme de Souza Nucci, Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais

---

DPE/TO 2012 - CESPE

A Constituição Federal assegura expressamente, no art. 277, como direito fundamental disperso, a convivência familiar para toda criança e adolescente. Essa garantia constitucional foi integralmente inserida no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei No. 8.069/1990, art 4º e 16, V e, de modo destacado, em todo o capítulo III do título II). Com efeito, enfatizando a preservação dos vínculos familiares através da ampla convivência, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança normatiza: "Os Estados-partes deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade destes, exceto quando, sujeita a revisão judicial, tal separação seja necessária ao interesse maior da criança, conforme determinação das autoridades competentes, de acordo com a lei e com os procedimentos legais cabíveis."(Katia Regina Ferreira Andrade Maciel, Curso de Direito da Criança e do Adolescente, 5ª edição, Rio de Janeiro, Lumens Juris, 2011, página 96-97, com adaptação). Considerando que o fragmento do texto acima tem caráter motivador, redija um texto dissertativo acerca do direito à convivência familiar, atendendo, necessariamente, ao que se pede a seguir: 1- conceitue convivência familiar; 2- cite, com devida justificativa, as principais alterações promovidas pela Lei No. 12.010/2009 a respeito da convivência familiar.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

A convivência familiar é um direito fundamental titularizado por crianças e adolescentes, previsto no art. 227 da CRFB e no art. 4º da Lei nº 8.069/90. Na prática, o aludido direito visa permitir amplo e permanente contato da criança ou adolescente com a sua família. É imprescindível delimitar a exata compreensão da expressão família para o perfeito entendimento do direito à convivência familiar.

Atualmente, a expressão "família" vem sendo interpretada de maneira ampla e diversificada. Entende-se que família é o grupo de pessoas unidas por laços biológicos, por casamento, por união estável ou por vínculos socioafetivos. Em se tratando de casamento e de união estável, a diversidade sexual não é requisito de existência ou validade, sendo as relações homoafetivas reconhecidas pelo sistema jurídico. Logo, família não fica adstrita ao vínculo biológico, sendo a relação socioafetiva mais importante ainda. O vínculo socioafetivo é aquele formado por laços de amor e afeto decorrentes da longa convivência.

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê três espécies de família: família natural, família extensa e família substituta.

A família natural, formada pelos pais, ou qualquer deles e seus descendentes, está prevista no art. 25, caput, da Lei nº 8.069/90. Destaque-se que a prioridade legal e constitucional é a permanência da criança ou adolescente na companhia de seus pais, ou seja, em sua família natural.

A família extensa, formada por outros parentes com os quais a criança ou adolescente convive e possui laços de afinidade e de afetividade, está prevista no art. 25, parágrafo único, da Lei nº 8.069/90. Sendo impossível a permanência da criança ou adolescente com os seus

pais, ou qualquer deles, a mesma pode ser colocada na companhia de outros parentes, como o tio ou o avô, caso em que podemos afirmar que ocorreu a colocação na família extensa.

A família substituta é formada por pessoas com as quais a criança ou adolescente não possui parentesco biológico e está prevista no art. 28 da Lei nº 8.069/90. Na hipótese em que um vizinho assume os cuidados com uma criança ou adolescente, requerendo a sua adoção, pois a mesma foi abandonada por sua família natural ou extensa, podemos dizer a mesma foi colocada em família substituta. O art. 19 do ECA esclarece que a regra é a permanência da criança ou adolescente em sua família natural ou extensa, sendo a colocação em família substituta excepcional.

Na família natural só há uma forma de colocação: a guarda, que é corolário do poder familiar, cujos pais são titulares. Na família extensa existem três formas de colocação: adoção, tutela e guarda. Nesta modalidade de família, nem todos os parentes poderão adotar, pois há proibição em relação aos ascendentes e irmãos (art. 42, §1º, da Lei nº 8.069/90). Na família substituta também existem três formas de colocação: adoção, tutela e guarda (art. 28 do ECA).

A colocação em família substituta é excepcional, não porque a família natural ou extensa tem o direito de ficar com a criança ou adolescente, mas sim porque a criança ou adolescente tem o direito de permanecer em sua família natural ou extensa.

Em relação à Lei nº 12.010/09, ela buscou aperfeiçoar a sistemática de garantia do direito à convivência familiar de crianças e adolescentes, conforme dispõe o seu artigo 1º, priorizando a manutenção da criança ou adolescente em sua família natural, sempre impondo a fundamentação da decisão judicial que afasta a criança ou adolescente desta.

O atual §1º do artigo 13 da Lei nº 8.069/90, inicialmente alterado pela Lei nº 12.010/09 e depois pela Lei nº 13.257/16, obriga os estabelecimentos de saúde a encaminhar as gestantes e mães que manifestarem interesse em entregar os seus filhos em adoção para a justiça da infância e juventude.

O §1º do artigo 19 da Lei 8069/90, incluído pela Lei nº 12.010/09, cria a reavaliação da medida protetiva de acolhimento familiar (também conhecida como "família acolhedora") e de acolhimento institucional (classicamente denominada "abrigo"), que deve ocorrer no máximo a cada 6 meses, com base em relatório elaborado pela equipe técnica. O §2º do artigo 19 da Lei nº 8069/90, incluído pela Lei nº 12.010/09, aduz que o prazo máximo do acolhimento institucional é de 2 anos. O §3º do artigo 19 da Lei nº 8.069/90, incluído pela Lei nº 12.010/09 e alterado pela Lei nº 13.257/16, esclarece que a medida prioritária é a manutenção ou reinserção da criança ou adolescente em sua família natural, que deve ser inserida em programas de orientação e auxílio em caso de necessidade.

O parágrafo 2º do artigo 28 da Lei nº 8.069/90, alterado pela Lei nº 12.010/09, passou a exigir o consentimento (colhido em audiência) dos adolescentes para colocação em família substituta. Os parágrafos §4º, 5º e 6º do artigo 28, incluídos pela Lei nº 12.010/09, criaram normas visando evitar a separação dos irmãos; realizar preparação para colocação em família substituta; e impor requisitos específicos para casos envolvendo crianças e adolescentes indígenas ou provenientes de remanescentes de quilombos.

A redação do caput do artigo 34 do ECA, alterada pela Lei nº 12.010/09 e os seus novos parágrafos 1º e 2º, visam estimular o acolhimento familiar de criança ou adolescente, evitando o acolhimento institucional. O §4º do artigo 42 do ECA passa a permitir expressamente que ex-companheiros adotem, mas exige expressamente vínculos de afinidade e afetividade com a pessoa que adota, mas que não possui a guarda em razão da separação, divórcio ou dissolução da união estável. O §5º do artigo 42 reforça a possibilidade de se aplicar a guarda compartilhada, inclusive em casos de adoção.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

Valter Kenji Ishida, Estatuto da Criança e do Adolescente, Editora Jus Podium, 17ª Edição

Curso de Direito da Criança e do Adolescente, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel, Editora Saraiva, 6ª edição

CAPÍTULO 2

PEÇAS PRÁTICAS

PEÇA PROCESSUAL CIVIL

AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO LIMINAR

DPDF - 2013 - CESPE

PEÇA PROCESSUAL - Francisco Antunes, brasileiro, casado, pedreiro, Everardo Lima, brasileiro, solteiro, técnico em secretariado, e Edvânia Cardoso, brasileira, casada, costureira, moradores, respectivamente, das casas 15, 16 e 17 do Planalto Lago Azul entregaram, pessoalmente, à DPDF a carta reproduzida a seguir, na qual solicitam a atuação do órgão. "Prezado Defensor, Somos moradores do Planalto Lago Azul há aproximadamente 15 anos, momento em que recebemos em doação os terrenos de nossas casas por meio de programa de moradia popular do governo do Distrito Federal (GDF). Ajudamos a montar a infraestrutura do referido local, que possui creche, campo de futebol, escola, um núcleo de saúde e um pequeno lago que dá nome ao bairro. Há aproximadamente 100 famílias morando em nossa comunidade, totalizando algo em torno de 500 pessoas. Nesses 15 anos muita coisa mudou. Nem todos os moradores são carentes, alguns conseguiram grande ascensão social, apesar de a comunidade ser predominantemente de pessoas pobres. Devido à distância do centro da capital, nossa comunidade costuma ser pacífica e tranquila. Todos os moradores se conhecem, se respeitam e vivem em plena harmonia. Considerando nossa condição social, o Planalto Lago Azul é um ótimo local para se viver. Ocorre que toda essa nossa paz foi interrompida há cerca de 1 ano, quando foi instalada, ao lado da comunidade, a indústria CCX Agrotóxicos, situada no Planalto Lago Azul, lote 2. Desde a instalação e funcionamento da referida empresa, a comunidade vem sofrendo diversas consequências relacionadas à saúde. O lago azul, formado por águas superficiais e em depósito decorrente de formação natural, está completamente poluído com subprodutos da referida indústria. Há laudos (anexos) do Conselho Regional de Engenharia e da Secretaria de Saúde do Distrito Federal que comprovam o alegado. O pequeno posto de saúde da comunidade, que antigamente atendia moradores até de outras regiões, não tem mais condições de suportar a demanda local, tamanha a quantidade de doentes com problemas respiratórios, dor de cabeça e mal-estar. Vários moradores, principalmente os profissionais liberais, sofreram prejuízos por não poderem trabalhar enquanto doentes. Ademais, os gastos da comunidade com os custos de medicamentos subiram imensamente. Muitas pessoas estão na porta do pequeno posto de saúde sem conseguir atendimento há vários dias. Já contatamos a empresa CCX Agrotóxicos e esta, em resposta, nos informou que possui toda a documentação estatal em ordem e que está tentando resolver o caso com a desintoxicação do lago e a interrupção de eventuais vazamentos de produtos tóxicos, mas até o dia de hoje, passado quase 1 ano, nada foi resolvido. Informamos e pedimos apoio ao GDF, mas este ainda não adotou nenhuma providência efetiva e definitiva para resolver a situação, resumindo-se a efetivar medidas paliativas, como a limpeza mensal do lago, que após 5 ou 6 dias passa a ficar poluído novamente. Prezado Defensor, a situação é urgente e crítica. Pedimos o apoio desta instituição para atuação efetiva na resolução desta demanda." A DPDF tentou resolver o conflito por meio de medidas extrajudiciais, mas não obteve êxito. Em face do caso hipotético acima narrado, redija, na condição de defensor público responsável pelo caso, a peça processual adequada, com o devido embasamento no direito material e processual. Não crie fatos novos.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

JUÍZO DE DIREITO DA VARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL, representada pelo Defensor Público infra-assinado, no uso das atribuições que lhe são conferidas em lei, vem à presença de Vossa Excelência, com fulcro no art. 134 da Constituição Federal; no art. 4º, I, da Lei Complementar nº 80/1994; no artigo 5º da Lei nº 7.347/85, e demais dispositivos legais inerentes à espécie, propor a presente

AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO LIMINAR

em face da Empresa CCX AGROTÓXICOS, pessoa jurídica de direito privado, portadora do CNPJ, na pessoa de seu representante legal, situada no Planalto Lago Azul, lote 2, Distrito Federal, pelos seguintes fatos e fundamentos.

I – DOS FATOS

Conforme demonstra a documentação em anexo, a Defensoria Pública do Distrito Federal recebeu moradores da comunidade situada no Planalto Lago Azul, narrando que eles se estabeleceram no local há aproximadamente 15 anos através de doação dos terrenos por meio de programa de moradia popular do governo do Distrito Federal (GDF).

Foram os moradores que ajudaram a montar a infraestrutura do referido local, com creche, campo de futebol, escola, um núcleo de saúde e um pequeno lago que dá nome ao bairro. Há aproximadamente 100 famílias morando na comunidade, totalizando algo em torno de 500 pessoas. Importante que se diga que, embora nem todos os moradores sejam carentes, a comunidade é predominantemente formada de pessoas pobres, que vivem de forma pacífica e tranquila.

Não obstante, há cerca de 1 ano, foi instalada, ao lado da comunidade, a indústria CCX Agrotóxicos, ora Ré. Desde a instalação e funcionamento da referida empresa, a comunidade vem sofrendo diversas consequências relacionadas à saúde. O lago azul, formado por águas superficiais e em depósito decorrente de formação natural, está completamente poluído com subprodutos da referida indústria, conforme demonstram os laudos do Conselho Regional de Engenharia e da Secretaria de Saúde do Distrito Federal que seguem em anexo.

O pequeno posto de saúde da comunidade, que antes bem atendia os moradores, não tem mais condições de suportar a demanda local, tamanha a quantidade de doentes com problemas respiratórios, dor de cabeça e mal-estar. Vários moradores, principalmente os profissionais liberais, sofreram prejuízos por não poderem trabalhar enquanto doentes. Ademais, os gastos da comunidade com os custos de medicamentos subiram imensamente. Muitas pessoas estão na porta do pequeno posto de saúde sem conseguir atendimento há vários dias.

Os moradores narram que entraram em contato com a ré descrevendo os problemas e esta, em resposta, informou que possui toda a documentação estatal em ordem e que está tentando resolver o caso com a desintoxicação do lago e a interrupção de eventuais vazamentos de produtos tóxicos, mas, passado quase 1 ano, nada foi resolvido.

Os moradores informaram ainda que pediram apoio ao Distrito Federal, mas este ainda não adotou nenhuma providência efetiva e definitiva para resolver a situação, resumindo-se a efetivar medidas paliativas, como a limpeza mensal do lago que, após 5 ou 6 dias, passa a ficar poluído novamente.

Diante de tais fatos, a Defensoria Pública do Distrito Federal tentou resolver o conflito por meio de medidas extrajudiciais, mas não obteve êxito, tornando-se necessária a procura pela intervenção judicial em tela

II – DO DIREITO

1. DO CABIMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Conforme resta evidente, o caso ora descrito envolve não apenas o interesse na preservação do meio ambiente, mas também o direito à saúde, à habitação e ao trabalho dos moradores afetados pela poluição perpetrada pela ré. Assim, tem-se que todos esses direitos podem ser enquadrados como direito transindividuais, tornando adequada a sua tutela por intermédio de ação civil pública, nos termos do art 1º da Lei nº 7.347/85.

2. DA LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA

Pois bem, a Constituição Federal, em seu art. 134, apregoa que a Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV, da CRFB. Na mesma linha, estabelece o art. 4º, XI, da Lei Complementar nº 80/94.

Trata-se de legitimidade própria, autônoma e irrestrita (independentemente de classes sociais) para atuação em favor dos hipossuficientes organizacionais (vulnerabilidade técnica e jurídica), para promoção do acesso à Justiça, conforme restou assentado em entendimento STF acerca da plena constitucionalidade de a Defensoria Pública poder ajuizar ação civil pública

3. DA LESÃO AO MEIO AMBIENTE E SEUS DESDOBRAMENTOS

A matéria ambiental não é um ramo tão antigo do Direito como outros. A preocupação com a preservação ambiental é um assunto relativamente recente, até porque, não há muito tempo, os recursos naturais eram tidos como inesgotáveis. Contudo, tal visão vem sendo modificada. A partir do momento em que o desequilíbrio do meio ambiente passou a causar catástrofes em níveis alarmantes, a visão mundial e o modo de conceber a preservação ambiental passaram a ser repensadas, inclusive no Brasil, surgindo leis que vieram para tutela do meio ambiente.

Dessa forma, a atuação do homem face ao meio ambiente passou a ser disciplinada para se tornar uma exploração sustentável e ordenada, a fim de que os ambientes não sofram irreversível esgotamento.

Segundo o art. 3º, III, da Lei nº 6.938/81, entende-se por poluição, "a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: (...) e) lancem

matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos". No mesmo dispositivo, no inciso IV, define poluidor como "a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental." Por sua vez, o artigo 14, § 1º do mesmo diploma legal, está assim disposto: "Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade".

Da mesma forma, a Lei nº 12.305/2010, que trata da Política Nacional de Resíduos Sólidos, em seu art. 3º, XVI, dispõe que são resíduos sólidos "material, substância, objeto ou bem descartado resultante de atividades humanas em sociedade, a cuja destinação final se procede, se propõe proceder ou se está obrigado a proceder, nos estados sólido ou semissólido, bem como gases contidos em recipientes e líquidos cujas particularidades tornem inviável o seu lançamento na rede pública de esgotos ou em corpos d'água, ou exijam para isso soluções técnica ou economicamente inviáveis em face da melhor tecnologia disponível" A lei ainda estabelece como princípios a prevenção e a precaução (art. 6, I) e a proibição do lançamento de resíduos sólidos em corpos hídricos (artigo 47, I).

De modo mais abrangente, a observância da função social da propriedade não é uma faculdade, mas uma obrigação indeclinável, erigida à categoria de direito fundamental pela Constituição Federal de 1988 (art. 5º, XXIII)

É com base no princípio da função social da propriedade que se tem sustentado a possibilidade de restringir o uso dos outrora absolutos direitos reais, de modo a compatibilizá-los com sua finalidade social, entendendo-se tal termo em sua acepção ampla, protegendo efetivamente a coletividade. Não por outro motivo, o Código Civil, em seu art. 1228, § 1º, estatui que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas

Observa-se que o interesse comum na existência e no uso adequado do meio ambiente está ligado, com forte vínculo, à função social da propriedade. O interesse social ou coletivo deve sobrepor-se ao interesse individual e o seu exercício deve estar em consonância com a preservação do meio ambiente. Por essa razão, a Constituição Federal de 1988 instituiu o meio ambiente como bem de uso comum do povo (art. 225).

Esta preocupação com o conjunto de relações fez com que se estabelecesse obrigação de defender o meio ambiente nas três esferas de atuação: administrativa, criminal e civil. Importante destacar, ainda, que a poluição ambiental, no caos em tela, tem o condão ainda de atingir o interesse individual homogêneo de proteção à saúde, à habitação e ao trabalho da população situada no entorno da ré.

4. DA OBRIGAÇÃO DE PREVENÇÃO E REPARAÇÃO

O Direito Ambiental deve ser tratado de acordo com suas peculiaridades. Dentre elas está o caráter irreversível que os danos ambientais podem assumir. Assim, além da responsabilidade em se reparar danos efetivamente causados, deve ser considerada a exigência de

se evitar a ocorrência de danos. Esta é a razão para a exigência de licenças ambientais de empreendimentos potencialmente poluidores, para que se possa evitar, controlar ou amenizar os danos porventura existentes.

No caso em análise, ainda que a ré esteja funcionando com a devida licença ambiental, se a sua atividade está causando efetivo dano ao meio ambiente e prejudicando os moradores no seu entorno, tem-se como perfeitamente cabível a intervenção judicial para não apenas cessar a ocorrência dos danos, mas também para obrigá-la a compensar os danos materiais e imateriais causados.

De fato, a ré atua há mais de um ano no local e vem causando efetivo dano ao meio ambiente. Tais fatos ficaram demonstrados nos laudos obtidos junto às autoridades competentes. Mesmo após ser contatada pelos moradores e pela Defensoria Pública do Distrito Federal, não solucionou o problema e continuou atuando de forma lesiva.

A hipótese trata, além do dever objetivo de reparar os danos causados (princípio da reparação), do dever de evitar danos futuros, em nítida aplicação do princípio da prevenção. Desta forma, é imperiosa a imediata interrupção das atividades da ré, até que ela se adeque aos padrões exigidos pelo órgão ambiental, bem como a efetiva reparação do dano já causado. A coletividade e o meio ambiente não podem sucumbir face às irregularidades existentes.

5. DA TUTELA PROVISÓRIA ANTECIPADA INCIDENTAL

Urgente se mostra a concessão da tutela inibitória antecipada, em caráter liminar (art. 300 do CPC). No caso, estão presentes a probabilidade do direito, evidenciada pelos documentos em anexo e o perigo da demora, já que os danos ocasionados ao meio ambiente podem assumir caráter irreversível.

Por esse motivo, deve ser expedida ordem para interrupção imediata da atividade poluidora. Enquanto não houver adequação aos parâmetros e exigências estabelecidos pelo órgão ambiental, a ré deve paralisar suas atividades. Deste modo, a Defensoria Pública requer seja determinada, liminarmente, a suspensão imediata das atividades da empresa, fixando-se multa cominatória no valor de 10 mil reais por dia de descumprimento, destinado ao fundo de proteção ao meio ambiente.

6. DA REPARAÇÃO DO DANO MATERIAL, INDIVIDUAL E COLETIVO

É inegável que a empresa ré vem poluindo o meio ambiente há pelo menos um ano. Os danos ambientais já causados e descritos nos laudos anexados devem ser reparados. Saliente-se, ainda, que a responsabilidade civil ambiental é objetiva, nos termos do já citado art 14, § 1º da Lei nº 6.938/81. Assim, comprovado o dano e nexo causal decorrente da atividade exercida, desnecessária a comprovação de culpa, pela adoção da Teoria do Risco Integral.

No caso em tela, a ré deve ser condenada a promover a mais ampla e eficaz reparação do meio ambiente atingido pela atividade, conforme definido no art. 225, §3º, da CRFB, nos termos a serem fixados pelos órgãos de fiscalização e controle ambiental. Deve, também, ser condenada a se abster de praticar novas condutas lesivas ao meio ambiente.

Da mesma forma, necessária a aplicação de medida compensatória, nos termos do art. 3º da Lei nº 7.347/85, com a condenação à construção de uma estação de tratamento de

esgoto – ETE no local e ao pagamento de indenização em dinheiro pelos danos causados ao meio ambiente, a serem revertidos ao Fundo das Ações Coletivas (art. 13 da Lei nº 7.347/85).

Por outro lado, é preciso reparar o dano humano causado. De fato, muitos moradores tiveram suas atividades profissionais prejudicadas pelas doenças que se seguiram ao processo de poluição da localidade, dentro daquilo que a doutrina identifica como lucros cessantes e danos emergentes. Da mesma forma, é preciso fornecer atendimento médico e psicológico aos moradores atingidos (arts. 402 e 949 do CC), de forma genérica, aos moldes do art. 95 do CDC.

7. COMPENSAÇÃO DO DANO IMATERIAL, INDIVIDUAL E COLETIVO

Destaca-se que além do dano material, evidente no caso a existência de dano moral coletivo, tendo em vista que a degradação do meio ambiente atinge interesse difuso da sociedade, que tem um direito fundamental ao meio ambiente saudável atingido.

Tal como se dá na seara do dano moral individual, aqui também não há que se cogitar de prova da culpa, devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação (damnum in re ipsa). Ocorrido o dano moral coletivo, que tem um caráter extrapatrimonial por definição, surge automaticamente uma relação jurídica obrigacional que pode ser assim destrinchada: a) sujeito ativo: a coletividade lesada (detentora do direito à reparação); b) sujeito passivo: o causador do dano (pessoa física, ou jurídica, ou então coletividade outra, que tem o dever de reparação); c) objeto: a reparação - que pode ser tanto pecuniária quanto não pecuniária.

Importante lembrar que o dano ambiental não consiste apenas na lesão ao equilíbrio ecológico, afetando igualmente outros valores precípuos da coletividade a ele ligados, ou seja, a qualidade de vida e a saúde de determinada comunidade.

Assim, considerando que a reparação ambiental deve ser plena, esta deve atender, além da reparação do dano material verificado, (obrigação de fazer), a inibição da continuidade da atividade degradadora (tutela inibitória e de remoção do ilícito – não fazer), e a indenização dos danos residuais e coletivos, nos termos do art. 5º, X, da CRFB, e do art. 1º da Lei nº 7.347/85.

Portanto, necessária a condenação da empresa à reparação dos danos causados, tanto o material, a ser apurado pelos órgãos ambientais competentes, quanto o moral coletivo, a ser fixado por este Juízo em favor do Fundo Estadual de Meio Ambiente.

No plano dos interesses individuais, é preciso também que seja fixado o an debeatur a ser liquidado pelos moradores da localidade afetada (art. 95 do Código de Defesa do Consumidor), em razão das violações perpetradas pela ré em relação aos seus direitos fundamentais de saúde, trabalho e habitação.

8. DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

A Ação Civil Pública é o instrumento processual que busca facilitar a deflagração de demandas para a tutela adequada e efetiva dos interesses difusos, coletivos, individuais homogêneos e individuais indisponíveis. Para viabilizar o acesso pleno à justiça, a lei cria mecanismos de facilitação da demonstração dos direitos, em benefício dos vulneráveis (ainda que

apenas tecnicamente). É certo que o Código de Defesa do Consumidor faz parte do sistema processual coletivo, trazendo avanços legislativos e estendendo instrumentos processuais.

Desta forma, é perfeitamente possível a aplicação da inversão do ônus da prova em sede de qualquer ação coletiva, nestas incluídas aquelas para a tutela do meio ambiente, pois a inversão do ônus da prova é regra de natureza processual e todas as regras processuais do Código de Defesa do Consumidor e da Lei de Ação Civil Pública devem ser aplicadas na tutela de outros direitos difusos e coletivos conforme arts. 1.º, IV, e 21 da Lei 7.347/85.

A inversão do ônus da prova, prevista no Código de Defesa do Consumidor, por se norma processual, deve alcançar a proteção dos demais direitos difusos e coletivos, por meio do diálogo de fontes. Além disso, o próprio princípio da precaução, verdadeiro pilar do direito ambiental, fundamenta também a inversão do ônus da prova, já que em caso de haver dúvida sobre a potencialidade lesiva de determinada conduta ao meio ambiente, esta deve ser impedida.

III – DOS PEDIDOS

Pelo exporto, requer:

1. O recebimento e a autuação da presente demanda, com a concessão de isenção de quaisquer custas ou despesas processuais (art. 18 da Lei nº 7.347/85);

2. A inversão do ônus da prova, nos termos do art. 21 da Lei nº 7.347/85 c/c art. 6º, VIII, do CDC;

3. A concessão de tutela antecipada, inaudita altera parts, impondo à ré a obrigação de não fazer (art. 497 do CPC) consistente na interrupção imediata do funcionamento das suas atividades industriais, enquanto não se adequar aos padrões de emissão de efluentes líquidos fixados pelo órgão ambiental competente, bem como a promover o atendimento médico dos moradores do local atingidos pela atividade lesiva, realizado por empresa de saúde idônea e com reconhecimento no mercado;

4. A concessão de tutela antecipada, liminarmente, impondo a obrigação de garantir o funcionamento adequado do posto de saúde situado na comunidade do Planalto Lago Azul, com vistas ao atendimento dos moradores doentes, ou fornecer atendimento médico adequado;

5. A citação da ré por Oficial de Justiça, nos termos dos arts. 212 e 249 do CPC, para comparecer na audiência de autocomposição (art. 334 do CPC), onde deverá ser buscada a conciliação ou a mediação do litígio ora descrito;

6. A intimação do Ministério Público dos atos e termos processuais, na forma prevista no art. 5º, § 1º, da Lei nº 7.347/85;

7. A publicação edital em meio de comunicação, em três jornais de grande circulação e emissora de radiodifusão, com escopo de informar os consumidores sobre a propositura da presente ação, possibilitando-se a intervenção como litisconsortes (art. 21 da Lei nº 7.347/85; art. 94 da Lei nº 8.078/90;

8. A extração de peças e a sua remessa à Delegacia de Polícia local, requisitando a instauração de inquérito policial para apuração da prática do crime previsto no art 54, § 2º, V da Lei nº 9.605/98;

9. A condenação da ré no sentido de reparar todos os danos ambientais ocorridos, materiais a serem apurados pelos órgãos ambientais e morais coletivos, além de indenizar os moradores do local, pelos danos materiais e morais sofridos, bem como providenciar atendimento médico e psicológico das doenças relacionadas à poluição praticada;

10. Caso não haja o cumprimento da liminar ou da sentença por parte da ré, a cominação de multa diária no valor de 10 mil reais por dia de descumprimento, como dispõe o art. 11 da Lei nº 7.347/85, em favor do Fundo Estadual do Meio Ambiente;

12. A procedência dos pedidos da presente demanda, em todos os seus termos, confirmando-se as medidas provisórias eventualmente deferidas, condenando-se a ré ao ônus da sucumbência e demais cominações legais, inclusive honorários; e

13. A produção de todos os meios de prova que se fizerem necessárias, como prova pericial, documental e testemunhal;

Dá-se a causa o valor de R$1.000.000,00 (um milhão de reais).

Nestes termos,

Pede Deferimento.

Local, data

Defensor Público

Matrícula

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

"AMBIENTAL. DESMATAMENTO. CUMULAÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER (REPARAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA) E DE PAGAR QUANTIA CERTA (INDENIZAÇÃO). POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DA NORMA AMBIENTAL. 1. Cuidam os autos de Ação Civil Pública proposta com o fito de obter responsabilização por danos ambientais causados pelo desmatamento de área de mata nativa. A instância ordinária considerou provado o dano ambiental e condenou o degradador a repará-lo; porém, julgou improcedente o pedido indenizatório. 2. A jurisprudência do ST.I está firmada no sentido de que a necessidade de reparação integral da lesão causada ao meio ambiente permite a cumulação de obrigações de fazer e indenizar. Precedentes da Primeira e Segunda Turmas do STJ. 3. A restauração in natura nem sempre é suficiente para reverter ou recompor integralmente, no terreno da responsabilidade civil, o dano ambiental causado, daí não exaurir o universo dos deveres associados aos princípios do poluidor-pagador e da reparação in integrum. 4. A reparação ambiental deve ser feita da forma mais completa possível, de modo que a condenação a recuperar a área lesionada não exclui o dever de indenizar, sobretudo pelo dano que permanece entre a sua ocorrência e o pleno restabelecimento do meio ambiente afetado (= dano interino ou intermedi-

ário), bem como pelo dano moral coletivo e pelo dano residual (= degradação ambiental que subsiste, não obstante todos os esforços de restauração). 5. A cumulação de obrigação de fazer, não fazer e pagar não configura bis in idem, porquanto a indenização não é para o dano especificamente já reparado, mas para os seus efeitos remanescentes, reflexos ou transitórios, com destaque para a privação temporária da fruição do bem de uso comum do povo, até sua efetiva e completa recomposição, assim como o retorno ao patrimônio público dos benefícios econômicos ilegalmente auferidos. 6. Recurso Especial parcialmente provido para reconhecer a possibilidade, em tese, de cumulação de indenização pecuniária com as obrigações de fazer voltadas à recomposição in natura do bem lesado, com a devolução dos autos ao Tribunal de origem para que verifique se, na hipótese, há dano indenizável e para fixar eventual quantum debeatur" (STJ – 2ª Turma – REsp 1180078/MG – Rel. Min. Herman Benjamin, j. em 02/12/2010)

"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LITISCONSORTES. PRAZO EM DOBRO PARA APRESENTAÇÃO DE DEFESA PRÉVIA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NA LIA. UTILIZAÇÃO DOS INSTITUTOS E MECANISMOS DAS NORMAS QUE COMPÕEM O MICROSSISTEMA DE TUTELA COLETIVA. ART. 191 DO CPC. APLICABILIDADE. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. 1. Os arts. 21 da Lei da Ação Civil Pública e 90 do CDC, como normas de envio, possibilitaram o surgimento do denominado Microssistema ou Minissistema de proteção dos interesses ou direitos coletivos amplo senso, no qual se comunicam outras normas, como o Estatuto do Idoso e o da Criança e do Adolescente, a Lei da Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa e outras que visam tutelar direitos dessa natureza, de forma que os instrumentos e institutos podem ser utilizados para "propiciar sua adequada e efetiva tutela" (art. 83 do CDC). 2. A Lei de Improbidade Administrativa estabelece prazo de 15 dias para a apresentação de defesa prévia, sem, contudo, prever a hipótese de existência de litisconsortes. Assim, tendo em vista a ausência de norma específica e existindo litisconsortes com patronos diferentes, deve ser RELACIONADA a regra do art. 191 do CPC, contando-se o prazo para apresentação de defesa prévia em dobro, sob pena de violação aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa. 3. Recurso especial não conhecido" (STJ – 1ª Turma – REsp 1221254/RJ – Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 05/06/2012)

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO CIVIL E DIREITO AMBIENTAL. CONSTRUÇÃO DE USINA HIDRELÉTRICA. REDUÇÃO DA PRODUÇÃO PESQUEIRA. SÚMULA Nº 7/STJ. NÃO CABIMENTO. DISSÍDIO NOTÓRIO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANO INCONTESTE. NEXO CAUSAL. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CABIMENTO. PRECEDENTES. 1. Não há falar, na espécie, no óbice contido na Súmula nº 7/STJ, haja vista que os fatos já restaram delimitados nas instâncias ordinárias, devendo ser 18 revista nesta instância somente a interpretação dada ao direito para a resolução da controvérsia. Precedentes. 2. Tratando-se de dissídio notório, admite-se, excepcionalmente, a mitigação dos requisitos exigidos para a interposição do recurso pela alínea "c" "quando os elementos contidos no recurso são suficientes para se concluir que os julgados confrontados conferiram tratamento jurídico distinto à similar situação fática" (AgRg nos EAg 1.328.641/RJ, Rel. Min. Castro Meira, DJe 14/10/11). 3. A Lei nº 6.938/81 adotou a sistemática da responsabilidade objetiva, que foi integralmente recepcionada pela ordem jurídica atual, de sorte que é irrelevante, na espécie, a discussão da conduta do agente (culpa ou dolo) para atribuição do dever de reparação do dano causado, que, no caso, é inconteste. 4. O princípio da precaução, aplicável à hipótese, pressupõe a inversão do ônus

probatório, transferindo para a concessionária o encargo de provar que sua conduta não ensejou riscos para o meio ambiente e, por consequência, aos pescadores da região. 5. Agravo regimental provido para, conhecendo do agravo, dar provimento ao recurso especial a fim de determinar o retorno dos autos à origem para que, promovendo-se a inversão do ônus da prova, proceda-se a novo julgamento" (STJ – 3ª Turma – AgRg no AREsp 206.748/SP – Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 21/02/2013)

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

ALMEIDA, Gregório Assagra. Curso de Direito Processual Coletivo Brasileiro. São Paulo: Saraiva.

CARVALHO FILHO, José dos Santos, Ação Civil Pública – Comentários por artigo (Lei nº. 7.347, de 24/07/85). Rio de Janeiro: Lumen Juris.

DIDIER JR, Fredie *et* ZANETI JR, Hermes. Curso de Direito Processual Civil – v. 4. Processo Coletivo, Salvador: Jus Podium.

DIDIER JUNIOR, Fredie; SOUZA, José Augusto Garcia de (coords.) Repercussões do Novo CPC, Vol. V (Defensoria Pública). Salvador: Juspodivm.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JR., Hermes (coords.) Repercussões do Novo CPC, Vol. VIII (Processo Coletivo). Salvador: Juspodivm.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Processo Coletivo. Salvador: Juspodivm.

OBSERVAÇÃO DO PROFESSOR:

Muito embora o gabarito oficial indique a colocação do Distrito Federal no polo passivo da demanda, tenho convicção de que esse não é o melhor caminho a ser adotado. Com a presença do DF no processo, a causa seria levada para uma Vara de Fazenda Pública, que tem uma tramitação naturalmente mais lenta de seus feitos, em razão da dilação dos prazos. Além disso, existem vedações para a concessão de liminares e é muito difícil obter de um ente público o cumprimento de uma prestação continuada de um serviço público.

Certamente a população ficaria sem o atendimento durante a tramitação do processo e, provavelmente, até o exaurimento da fase de execução. Por outro lado, é muito mais fácil impor o atendimento à empresa poluidora. É preciso considerar também que com o DF no processo, a empresa passaria a responsabilizá-lo pelos problemas narrados, criando uma contenda paralela entre os réus. Não por acaso, a maioria das empresas tem como técnica de defesa trazer o ente público para o processo. Por essas razões, defendo uma solução diferente daquela apresentada pela banca.

GABARITO DA BANCA EXAMINADORA:

- Gabarito: 1- Apresentação e estrutura textual (legibilidade, respeito às margens e indicação de parágrafos) - 0,00 a 1,00 - 2 Desenvolvimento do tema - 2.1 Requisitos da petição inicial (CPC, art. 282 e ss.) / Ação civil pública / Legitimidade da defensoria pública - 0,00 a 10,00 - 2.2 Tipo de direito coletivo / Reparação dos danos morais coletivos e eventuais danos por lucros cessantes e com o tratamento médico / Citação do Distrito Federal para garantir a saúde dos moradores doentes e efetivar a fiscalização do local (aplicação do poder de polícia) - 0,00 a 10,00 - 2.3 Pedidos / Antecipação de tutela / Cominação de astreintes - 0,00 a 9,00.

AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E IMATERIAIS

DPE/RR - 2013 - CESPE

PEÇA PROCESSUAL CÍVEL – Marta da Silva, de dezesseis anos de idade, estudante regularmente matriculada em escola municipal de Rorainópolis – RR, foi convidada a apresentar, na manhã do dia 18/11/2012, em evento organizado pela escola, um trabalho de sua autoria que se destacara entre os melhores de toda a escola. Confiante, Marta acreditava que, naquele ano, tal como nos anteriores, seu trabalho ganharia o prêmio Destaque do Ano, o que seria motivo de orgulho para sua família, que investia todos os seus esforços na educação da adolescente, o primeiro membro prestes a concluir o ensino médio e com grande potencial para cursar o ensino superior. Naquele mesmo dia, no momento em que Marta saída da biblioteca da escola, onde se preparava, juntamente com outros colegas, para apresentação, uma das vigas de sustentação da sala desabou e atingiu Marta, que morreu imediatamente. Inconsoláveis, os pais da adolescente, Maria Aparecida da Silva e Joaquim da Silva, casados, e a avó materna, Rosalinda da Costa, viúva, procuraram a defensoria pública, pretendendo a formação de processo judicial. Com base nessa situação hipotética, redija, na condição de defensor público substituto do estado de Roraima, a peça processual adequada, devidamente embasada na legislação, na doutrina e/ou na jurisprudência. Aborde toda a matéria de direito (processual e material) pertinente ao caso e fundamente suas explanações, não se restringindo à mera citação de dispositivos legais. Dispense a narrativa dos fatos e não crie fatos novos.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

AO JUÍZO DE DIREITO DA VARA DE FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE RORAINÓPOLIS – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE RORAIMA

MARIA APARECIDA DA SILVA, JOAQUIM DA SILVA, casados, e ROSALINDA DA COSTA, viúva, vêm, à presença de vossa Excelência, por intermédio da Defensoria Pública do Estado de Roraima, com fundamento nos arts. 5º, X; e 37, §6º, da CRFB e arts. 186, 927 e 948 do Código Civil, propor, pelo rito comum, a presente

AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E IMATERIAIS,

em face do MUNICÍPIO DE RORAINÓPOLIS, pessoa jurídica de direito público, pelos fatos e fundamentos que ora passa a aduzir:

I – DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA

Primeiramente, requerer à Vossa Excelência a concessão da GRATUIDADE INTEGRAL DE JUSTIÇA, de acordo com o art. 98 do CPC, visto que não têm condições financeiras de arcar com as custas judiciais e honorários advocatícios, sem prejuízo próprio ou de sua família, indicando para patrocinar a causa a Defensoria Pública em exercício junto a este Juízo.

II – DOS FATOS

Marta da Silva, de dezesseis anos de idade, estudante regularmente matriculada em escola municipal de Rorainópolis – RR, foi convidada a apresentar, na manhã do dia

18/11/2012, em evento organizado pela escola, um trabalho de sua autoria que se destacara entre os melhores de toda a escola.

Confiante, Marta acreditava que, naquele ano, tal como nos anteriores, seu trabalho ganharia o prêmio Destaque do Ano, o que seria motivo de orgulho para sua família, que investia todos os seus esforços na educação da adolescente, o primeiro membro prestes a concluir o ensino médio e com grande potencial para cursar o ensino superior.

Naquele mesmo dia, no momento em que Marta saía da biblioteca da escola, onde se preparava, juntamente com outros colegas, para apresentação, uma das vigas de sustentação da sala desabou e a atingiu, causando óbito imediato. Inconsoláveis, os pais da adolescente, os dois primeiros autores, e a sua avó materna, terceira autora, se viram compelidos a processar o Município-Réu com o fito de obter compensação financeira pelos gravíssimos prejuízos causados pelo falecimento da adolescente Marta.

IV – DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. DA COMPETÊNCIA

Com fundamento no art. 51, parágrafo único, do Código de Processo Civil, os autores requerem que a presente demanda seja processada e julgada nesta Comarca por residirem na Cidade de Rorainópolis.

2. DA LEGITIMIDADE DOS AUTORES PARA PLEITEAR A INDENIZAÇÃO

Fora de dúvida que, muito embora não exercesse atividade laboral, a morte da jovem Marta acarretou danos materiais e morais aos Autores, na condição, os dois primeiros, de pais, e a terceira, de avó. Isso porque, mesmo sendo ainda uma adolescente e não ajudando na contribuição das despesas do lar, os seus genitores e sua avó sub-rogam neste direito, fazendo com que seja fixada a pensão mensal em folha complementar logo após a prolação da sentença, conforme tem entendido os nossos tribunais superiores.

Por outro lado, necessário frisar que não apenas os pais da estudante falecida têm legitimidade para pleitear a compensação em tela, mas também a avó materna, que por ela nutria enorme afeição e carinho. O sofrimento pela morte de parente é disseminado pelo núcleo familiar, atingindo cada um dos membros em gradações diversas. Por isso, a avó é legitimada à propositura de ação de compensação decorrente da morte da neta. A reparação nesses casos decorre de dano individual e particularmente sofrido por cada membro da família ligado imediatamente ao fato (art. 403 do Código Civil).

Por fim, registre-se que a presente demanda é proposta antes do termo do prazo prescricional de 3 anos previsto para as demandas voltadas à reparação civil (art. 206, § 3º, V, do Código Civil).

3. DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil da Administração Pública, como regra geral, é objetiva, fundada no risco administrativo, contemplada no artigo 37, §6º, da CRFB. Tal ocorre sempre que um agente do Estado causar dano a terceiro, seja através de uma conduta comissiva, seja através de uma conduta omissiva. Nesse passo, importante destacar que a Teoria do

Risco Administrativo, idealizada inicialmente pela doutrina francesa, tem por fundamento a equânime repartição dos encargos públicos, partindo do pressuposto de que, se a atividade administrativa, que é exercida em benefício de toda a sociedade, causar dano a terceiro, seja em seu exercício normal, seja em seu exercício irregular, justo é que o prejuízo também seja suportado por todos os cidadãos.

Neste passo é que estabelece o art. 37, §6º, da Carta da República, que o Estado, lato sensu, indenizará os danos causados a terceiros por seus agentes, quando no exercício de suas funções, independentemente da ocorrência de culpa. No caso vertente, afigura-se evidente a responsabilidade civil pelo dano sofrido pelos autores, já que o Município, na prestação do serviço público de educação, ao invés de tutelar os interesses da criança, dando-lhe proteção integral, reconhecendo sua situação de pessoa em formação, como determina a Carta Política, agiu de forma ilícita, permitindo que um desabamento ocorresse numa biblioteca, dentro de uma escola, ceifando a vida de uma jovem estudante com um futuro brilhante pela frente.

Ressalte-se que, embora seja possível identificar os agentes públicos e privados que praticaram a conduta danosa, elaborando um laudo pericial complexo, a conduta do agente é a conduta do próprio Estado, lato sensu, razão pela qual cabe ao Município indenizar os danos causados por seus agentes a terceiros, resguardado o direito de regresso. Cumpre ressaltar que, diante da responsabilidade objetiva do Estado, plenamente aplicável o regime de inversão do ônus da prova em benefício dos lesados pelo ato danoso.

Nesse sentido, a garantia constitucional (art. 5º, V e X, da CRFB) e jurisprudencial está caracterizada no dever e na obrigação de se indenizar o ato ilícito ora praticado contra a estudante Marta, que causou grave prejuízo aos familiares da vítima.

4. DA CONDUTA LESIVA E DO NEXO DE CAUSALIDADE

O pressuposto da reparação ora pleiteada é, em face de nossa lei civil, a prática de um ato ilícito. No caso em tela, a conduta atribuída ao Município-Réu é a falha no dever de prestar um serviço seguro e adequado de educação. Como já sublinhado, em sede de responsabilidade objetiva não cabe perquirir de quem teria sido a culpa pelo fatídico desabamento ocorrido na biblioteca da escola municipal (do próprio Município, da construtora etc). Basta demonstrar o nexo de causalidade entre a morte e o fato (desabamento), para que a responsabilidade esteja configurada.

Assim, a morte da adolescente Marta, bem como as suas causas, está demonstrada pela documentação ora acostada aos autos. Resta patente e indiscutível a prática de uma conduta lesiva e sua aptidão a produzir os resultados danosos descritos.

5. DO DANO IMATERIAL

Não se deve desconhecer que o dano moral constitui lesão a interesses jurídicos e às faculdades de atuar na esfera pessoal não apenas do próprio do ofendido, mas também para seus familiares, que se veem atingidos em suas esferas pessoais.

Nesse sentido, é segura a jurisprudência pátria, tratando-se de crianças e adolescentes, em considerar devida a indenização por sua morte, sob o fundamento de que nas famílias menos abastadas ou de escassas posses, constituíam eles a supressão de um valor

econômico, ainda mesmo que em estado potencial. Não por outro motivo, assinala a Súmula 491 do STF: "É indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado".

Em razão da falta de parâmetros legais, quer pela avaliação judicial subjetiva da dor alheia, quer ainda pela quantificação da dor, a indenização deve ser ao mesmo tempo reparatória e punitiva, sendo que esta necessariamente há que ter efeito pedagógico. O juiz deve levar em conta a situação social, política e econômica do ofensor e do ofendido; as circunstâncias específicas em que ocorreu a agressão, bem como seu reflexo no campo moral; a intensidade do sofrimento ou humilhação; o grau de dolo ou culpa; a existência de retratação espontânea; o esforço para minimizar a ofensa ou lesão; e o perdão tácito ou expresso. Há que ser observado, ainda, a capacidade financeira do causador do dano, de forma a não propiciar o enriquecimento sem causa que não guarde relação de causa e efeito com o dano causado.

Da mesma forma, para se estipular o valor do dano imaterial, devem ser consideradas as condições pessoais dos envolvidos, evitando-se que sejam desbordados os limites dos bons princípios e da igualdade que referem as relações de direito, para que não importe em um prêmio indevido ao ofendido, indo muito além da recompensa aos efeitos do gravame suportado.

A indenização por danos morais, tem, em verdade, função dúplice. Ao caráter compensatório, para a vítima do dano, soma-se a natureza punitiva, para o causador do dano, da condenação. Assim ocorre porque o direito impõe a todos os indivíduos o dever jurídico de não causar dano a outrem. Trata-se do denominado dever geral de abstenção. O descumprimento deste dever obsta à paz social e ao bem-estar da coletividade.

Nesse passo, a indenização por danos morais assume, para o autor do ilícito, a feição de verdadeira pena civil, com o importante papel preventivo-punitivo, desestimulando a reiteração do fato, seja pelo infrator condenado, seja por todos os integrantes da sociedade.

Estes dois referenciais, a compensação e a punição, devem ser ponderados quando da fixação da verba indenizatória, de modo que não seja esta nem tão ínfima a ponto de tornar-se inexpressiva para o causador do dano, nem tão elevada de modo a erigir-se em fonte de enriquecimento para o que sofreu as consequências do ilícito.

Há que se buscar, por meio da eqüidade, o ponto de equilíbrio entre esses dois extremos. Tal tarefa é instrumentalizada através da aplicação do Princípio da Proporcionalidade, que deve ser sempre o norte do julgador ao determinar o valor da indenização por danos morais. Nesse talho, importante frisar que não há que se falar em prova do dano imaterial, mas, sim, na prova do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que os ensejam. Tal conjunto probatório encontra-se sobejamente lastreado pelos documentos ora juntados.

No tocante ao aspecto punitivo, fica implícito o dever de pagar a indenização, o que coíbe o infrator de não reincidir na prática de atos danosos à moral alheia. Neste aspecto, dependendo da condição econômica do infrator e da sua potencial possibilidade de voltar a praticar o mesmo tipo de ato lesivo, o juiz deve e pode elevar o valor da indenização. A ampliação do valor indenizatório encontra justificativa na qualidade do infrator: o valor deve ser suficiente a desestimulá-lo a reincidir no ato lesivo.

Dessa forma, o valor da indenização deverá ser fixado pelo juiz, que levará em consideração as circunstâncias do caso concreto, equacionará a dor sentida e o valor a ser pago, chegando a uma quantia justa e proporcional, capaz de atender aos objetivos da indenização.

6. DO DANO MATERIAL

No que se refere ao dano material, causado pela falha na prestação do serviço educacional, é evidente que os Autores também têm direito ao recebimento de uma pensão mensal equivalente a 2/3 do salário mínimo.

Comprovado assim o dano e o nexo de causalidade entre este e o ato omissivo do poder público, impõe-se o dever de reparação por parte do Estado pelo óbito causado, como prevê o art. 948 do Código Civil.

Em realidade, aqui se busca extrair as consequências indenizatórias de uma situação diversa, pois não se trata de recompor os danos patrimoniais hipotéticos, potenciais, futuros ou eventuais (lucros cessantes), decorrentes da morte do filho menor, não trabalhador de tenra idade, nascituro, no permissivo da Súmula 491; trata-se de indenizar um dano patrimonial efetivo, concreto, atual, representado pela morte do filho, capaz e habilitado para o trabalho, solteiro ou não, e que teria condições de contribuir para a manutenção das despesas domésticas de sua família de origem.

Por outro lado, necessário sublinhar que o pedido de compensação por danos materiais é perfeitamente cumulável com o pedido para compensação pelos danos imateriais. Aliás, a Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça prevê que "são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato".

V – DO PEDIDO

Por todas as razões expostas, requerem os Autores:

a) o deferimento da gratuidade integral de justiça, nos termos do art. 98 do CPC;

b) a citação eletrônica da Advocacia Pública Municipal representante do Réu, com no mínimo 20 dias úteis de antecedência, para comparecer na audiência de autocomposição a ser designada, sob pena de multa (art. 334 do CPC);

c) o julgamento, a final, pela procedência do pedido, para:

c.1) condenar o Réu ao pagamento de compensação por danos imateriais, para cada um dos Autores, no valor de 70 (setenta) salários mínimos vigentes na data do efetivo pagamento, acrescidos de juros moratórios desde a data do fato, nos termos do verbete nº 54 da Súmula da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça;

c.2) condenar o Réu ao pagamento de compensação por danos materiais, para cada um dos Autores, no valor de 2/3 do salário mínimo vigente na data do efetivo pagamento, até a data em que a falecida completaria a idade de 25 anos e, a partir daí, reduzida para 1/3 do salário até a idade em que a vítima completaria 65 anos;

c.3) condenar o Réu ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, em favor do Centro de Estudos Jurídicos da Defensoria Pública do Estado de Roraima;

d) a produção de todos os meios de prova moralmente legítimos, em especial documental suplementar, pericial se necessária, e testemunhal.

Dá-se à causa o valor de R$ 205.920,00, referente à soma do valor do pedido de compensação por dano material (2/3 do salário mínimo X 3 autores X 12 prestações – art. 292, III, do CPC = R$21.120,00) com o valor do pedido de compensação por dano imaterial (70 salários mínimos X 3 autores – 292, V, do CPC = R$184.800,00).

Termos em que,

Pede deferimento.

Rondonópolis,(data)

Defensor Público

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

"RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS PRODUZIDOS POR AGENTES PUBLICOS. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. A PROVA DO DANO CAUSADO PELO AGENTE PÚBLICO E O NEXO CAUSAL ENTRE A AÇÃO DO AGENTE E OS DANOS CARACTERIZAM A RESPONSABILIDADE DAS PESSOAS JURIDICAS DE DIREITO PÚBLICO. AS QUESTÕES DE FATO APRECIADAS E DECIDIDAS PELO V. ACORDÃO NÃO PODEM SER REVISTAS EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. NÃO HOUVE VIOLAÇÃO AO ARTIGO 159 DO COD. CIVIL. RECURSO IMPROVIDO" (STJ – 1ª Turma – RESP 38666/SP – Rel. Min. Garcia Vieira, j. em 08/11/1993)

"CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MATERIAIS. MORTE DE MENOR DE TENRA IDADE. A morte de menor em acidente de trânsito, mesmo que à data do óbito ainda não trabalhasse, autoriza os pais a pedir ao responsável pelo sinistro a indenização por danos materiais, aqueles resultantes do auxílio que, no futuro, poderia lhes prestar. Recurso especial conhecido, mas não provido" (STJ – 3ª Turma – REsp 232385/MG – Rel. Min. Ari Pargendler, j. em 10/12/1999)

"A concepção atual da doutrina orienta-se no sentido de que a responsabilização do agente causador do dano moral opera-se por força do simples fato da violação (damnum in re ipsa), não havendo que se cogitar da prova do prejuízo" (STJ – 4ª Turma – RESP 23.575/DF – Rel. Min. César Asfor Rocha, j. em 09/06/97).

"ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. QUEDA DA JANELA DO 3º ANDAR DE ESCOLA INFANTIL. MORTE DA CRIANÇA. DANO MORAL AOS PAIS E AVÓS. PENSIONAMENTO MENSAL. CORREÇÃO. 1. Não há violação do art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem resolve a controvérsia de maneira sólida e fundamentada, apenas não adotando a tese do recorrente, no caso houve expressa manifestação acerca da legitimidade ativa dos avós. 2. O sofrimento pela morte de parente é disseminado pelo núcleo familiar,

como em força centrífuga, atingindo cada um dos membros, em gradações diversas, o que deve ser levado em conta pelo magistrado para fins de arbitramento do valor da reparação do dano moral. 3. Os avós são legitimados à propositura de ação de reparação por dano moral decorrente da morte da neta. A reparação nesses casos decorre de dano individual e particularmente sofrido por cada membro da família ligado imediatamente ao fato (art. 403 do Código Civil). 4. Considerando-se as circunstâncias do caso concreto e a finalidade da reparação, a condenação ao pagamento de danos morais no valor de R$ 114.000,00 para cada um dos pais, correspondendo à época a 300 salários mínimos e de R$ 80.000,00 para cada um dos dois avós não é exorbitante nem desproporcional à ofensa sofrida pelos recorridos, que perderam filha e neta menor, em queda da janela do terceiro andar da escola infantil onde estudava. Incidência da Súmula 7/STJ. Precedentes, entre eles: REsp 932.001/AM, Rel. Min. Castro Meira, DJ 11/09/2007. 5. No que se refere ao dano material, a orientação do STJ está consolidada no sentido de fixar a indenização por morte de filho menor, com pensão de 2/3 do salário percebido (ou o salário mínimo caso não exerça trabalho remunerado) até 25 (vinte e cinco) anos, e a partir daí, reduzida para 1/3 do salário até a idade em que a vítima completaria 65 (sessenta e cinco) anos. 6. Recurso especial conhecido em parte e provido também em parte (STJ – 2º Turma – REsp 1101213/RJ – Rel. Min. Castro Meira, j. em 02/04/2009)

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. Comentários ao novo Código de Processo Civil. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CAHALI, Yussef Said. Dano moral. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998

DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 12ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2012.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. Vol. VII – Responsabilidade Civil. 19ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. Vol. III. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. Vol. IV. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência. 7ª ed., São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: responsabilidade civil. Vol. IV. 4. ed., São Paulo: Atlas, 2004.

GABARITO DA BANCA EXAMINADORA:

- Gabarito: 1 Apresentação e estrutura textual (legibilidade, respeito às margens e indicação de parágrafos), 2.1 Foro e juízo competente / Partes: legitimidade ativa e legitimidade passiva / Procedimento / Identificação da peça, 2.2 Prazo para a propositura da ação, 2.3 Demonstração do nexo causal - do dever de indenizar - súmula / Responsabilidade objetiva do estado / Fundamento legal, 2.4 Danos morais (pais e avó) / Legitimidade da avó para a indenização, 2.5 Danos materiais / Pedido, 2.6 Citação do réu, 2.7 Pedido de indenização por danos materiais: pensão alimentícia / Pedido de indenização por danos morais: pais e avó , 2.8 Condenação a honorários de sucumbência e custos processuais / Pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita / Produção de provas / Valor da causa: conteúdo econômico total da causa

AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS C/C REVISÃO DE CLÁUSULAS DE ACORDO EM SEPARAÇÃO JUDICIAL, COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA INCIDENTE

DPE/AL - 2003 - CESPE

PEÇA PROCESSUAL CÍVEL - Sebastião, residente em Maceió–AL, e Maria, residente em Aracaju–SE, separaram-se consensualmente em janeiro de 1995, perante o juízo da 2.a Vara de Família de Maceió, tendo acordado que a guarda dos três filhos do casal, Marcos, Paulo e André, ficaria com a mulher, ressalvado ao pai o direito de visitá-los em sábados alternados, das 8 às 18 horas. Ficou também acordado que o pai prestaria alimentos à mulher, que não trabalhava, no valor de um salário mínimo, e aos filhos, no valor de um salário mínimo e meio para cada um deles. Em 2002, Sebastião, juridicamente pobre, procurou a Defensoria Pública e relatou os seguintes fatos: a) Maria conseguiu emprego e seu filho mais velho, Marcos, atingiu a maioridade civil; b) ele perdeu o seu emprego e agora vive de pequenos serviços autônomos; c) ele não pretende mais pagar pensão alimentícia a Maria e a Marcos; d) ele pode pagar, no máximo, R$80,00 de alimentos para Paulo e para André, respectivamente com quinze e onze anos de idade; e) por causa da mudança de Maria para Aracaju, ele não tem condições de continuar visitando os filhos como acordado na separação, mas sim durante três dias a cada mês. Diante da situação hipotética acima apresentada e na condição de defensor público do estado de Alagoas, proponha a medida judicial que entender cabível para a proteção dos interesses de Sebastião, abordando todos os aspectos de direito material e processual pertinentes e observando, especialmente, os seguintes aspectos: 1- possibilidade jurídica do pedido; 2- pedido e causa de pedir; 3- legitimidade ad causam ativa e passiva; 4- pressupostos processuais; 5- competência do juízo; 6- demais requisitos da petição inicial.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

AO JUÍZO DE DIREITO DA VARA DA FAMÍLIA DA COMARCA DA CAPITAL TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE ALAGOAS

SEBASTIÃO, residente em Maceió/AL, vem, à presença de Vossa Excelência, por intermédio da Defensoria Pública do Estado de Alagoas, com fulcro na Lei nº 5.478/68 e nos arts. 5º e 1.699 do Código Civil e dos arts. 53, II, 693 e seguintes do CPC, propor a presente **AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS C/C REVISÃO DE CLÁUSULAS DE ACORDO EM SEPARAÇÃO JUDICIAL, COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA INCIDENTE**, *em face de MARIA, MARCOS, PAULO e ANDRÉ, sendo os dois últimos requeridos menores impúberes, representados pela 1ª Requerida, residentes em Aracajú/SE, pelos motivos de fato e de direito a seguir expostos:*

I – DA GRATUIDA DE JUSTIÇA

Primeiramente, requerer à Vossa Excelência a concessão da GRATUIDADE INTEGRAL DE JUSTIÇA, de acordo com o art. 98 do CPC, visto que não tem condições financeiras de arcar com as custas judiciais e honorários advocatícios, sem prejuízo próprio ou de sua família, indicando para patrocinar a causa a Defensoria Pública em exercício junto a este Juízo.

II – DA COMPETÊNCIA

Conforme se vislumbra dos documentos ora acostados, o Requerente e a 1ª Requerida se separaram consensualmente em janeiro de 1995 perante o juízo da 2ª Vara de Família de Maceió/AL. Neste procedimento foi homologado por sentença o acordo firmado entre as partes, restando consignado, dentre outras cláusulas, que o Requerente prestaria alimentos à sua mulher e aos seus filhos. Posteriormente, os Requeridos se mudaram para Aracaju/SE.

Na demanda em tela, o Requerente pretende obter a exoneração do pagamento da pensão para os dois primeiros requeridos e a redução do valor da pensão dos dois últimos requeridos, além da alteração no regime de visitação dos filhos do ex-casal. Desse modo, à luz do comando contido no art. 53, II, do CPC, aplicável por analogia à ação de exoneração e modificação de pensão, tem-se que o juízo competente para processar e julgar a presente demanda seria Aracaju/SE, onde os alimentandos moram.

Ocorre, no entanto, que a jurisprudência é pacífica no sentido de que a competência prevista no art. 53, II, do CPC (art. 100, II, do CPC/73) é relativa e, portanto, pode se prorrogar, caso não seja impugnada na contestação. Assim, tendo em vista que o Requerente está atravessando uma aguda crise financeira, estando atualmente desempregado e vivendo de bicos, propõe-se a presente demanda no juízo do seu domicílio para não inviabilizar o seu direito de acesso pleno e efetivo à Justiça.

Registre-se, outrossim, que a presente demanda é distribuída livremente, uma vez que, segundo a melhor doutrina e jurisprudência, a ação de exoneração e modificação de pensão não fica vinculada, para fins de distribuição por dependência, ao juízo da ação onde o acordo foi celebrado, considerando que não versam sobre questão jurídica idêntica ou decorrente do mesmo fato jurídico. Com efeito, no presente feito serão analisados fatos diversos daqueles relatados na primeira ação.

Ademais, como assente no STJ, não se pode falar em reunião de ações quando uma delas já foi julgada. Neste sentido, veja-se a Súmula 235 do STJ: "a conexão não determina a reunião de processos, se um deles já foi julgado".

Portanto, não havendo prevenção entre os feitos, bem como a existência de risco de julgamentos conflitantes, é devida a livre distribuição da ação de exoneração de alimentos.

III – DOS FATOS

Conforme já sublinhado, o Requerente e a 1ª Requerida foram casados. Dessa união surgiram três filhos, Marcos, Paulo e André. Em 1995, no entanto, o casal se separou, tendo acordado que a guarda dos três filhos ficaria com a 1ª Requerida, ressalvado ao Requerente o direito de visitá-los em sábados alternados, das 8 às 18 horas. Ficou também acordado que o Requerente prestaria alimentos à 1ª Requerida, que na época não trabalhava, no valor de um salário mínimo, e aos filhos, no valor de um salário mínimo e meio para cada um deles.

Em 2002, o Requerente tomou ciência de que a 1ª Requerida passou a exercer uma atividade laborativa. Na mesma época, o 2º Requerido atingiu a maioridade civil e o Requerente perdeu o seu emprego. Ele agora vive de pequenos serviços autônomos.

Destarte, o Requerente não tem mais condições para pagar pensão alimentícia para os dois primeiros requeridos e pretende reduzir o valor da pensão dos dois últimos requeridos, que estão respectivamente com quinze e onze anos de idade. O Requerente pretende, ainda, alterar o regime de visitação.

IV – DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Em primeiro lugar, necessário esclarecer que embora o acordo em tela tenha sido celebrado somente com a 1ª Requerida, os demais requeridos também têm legitimidade para figurar no polo passivo da demanda, na medida em que a pretensão ora ventilada diz respeito às suas respectivas esferas de interesse, consubstanciadas pelo direito de receber alimentos e pelo regime de visitação de seu genitor.

Da mesma forma, importante esclarecer que a pensão alimentícia compreende as prestações devidas por aquele que detém um dever jurídico para quem delas necessita para subsistir. No caso específico dos alimentos decorrentes do vínculo familiar, dispõe o art. 1.694 do CC que os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação. Além disso, os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

Portanto, o dever alimentar, a par da sua existência jurídica, tem a sua exigibilidade diretamente associada ao binômio necessidade(alimentando)-possibilidade(alimentante). Exatamente por isso, prevê o art. 13 da Lei de Alimentos (Lei nº 5.478/68) que o pagamento da pensão alimentícia pode ser revisto, a qualquer tempo, "se houver modificação na situação financeira das partes". No caso em tela, verifica-se claramente que a capacidade econômica do Requerente foi reduzida drasticamente, fazendo incidir a parte final do art. 1.695 do CC.

De mesmo modo, a grave crise financeira pela qual atravessa o Requerente o impede de se deslocar quinzenalmente a outro Estado para visitar seus filhos. Por certo, no entanto, o Requerente não quer abrir do seu poder-dever familiar em relação aos seus filhos (art. 1.630 do CC, 21 do ECA e arts. 227 e 229 da CF). Os imperativos da vida moderna impõem a necessidade de readequação do seu direito de visitação (art. 1.589 do CC) à sua nova realidade econômica e à distância geográfica imposta pela mudança de domicílio de seus filhos.

Diante de todo o exposto, serve a presente para requerer a exoneração da obrigação alimentar do Requerente em relação à 1ª Requerida, em razão da sua inserção no mercado de trabalho, e o 2º Requerido, em função da maioridade civil (art. 5º do CC), bem como a redução dos valores a serem pagos ao 3º e 4º Requeridos para um patamar não superior a R$80,00. Da mesma forma, em razão da mudança dos Requeridos para Aracaju/SE, o Requerente não tem condições de continuar visitando os filhos como acordado na separação, mas sim durante três dias a cada mês.

V – DA CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA INCIDENTE

Antes de se comentar sobre os requisitos essenciais para a concessão da medida ora pleiteada, impende destacar que muito embora o Requerente esteja desempregado, ele está engajado para conseguir um novo emprego. Tão logo consiga se colocar novamente

no mercado de trabalho, o Requerente pretende voltar a contribuir com as despesas dos seus filhos menores, na medida de suas possibilidades. Porém, por ora, tal incumbência está sendo impossível de cumprir.

As ponderações elencadas são pertinentes porque é sabido que a concessão dos efeitos da tutela antecipada pode a qualquer momento ser revogada, e que tão logo tenha condições de voltar a contribuir com os gastos de seus filhos, nas medidas de suas necessidades, pretende fazê-lo. Com efeito, destaca-se que a atual situação financeira do Requerente é precária, sem deixar de comentar seu estado psicológico, profundamente abalado com todos os acontecimentos que vem ocorrendo em sua vida – perda inesperada do emprego, compromissos financeiros assumidos etc.

Por esses motivos é que se pretende a antecipação dos efeitos da tutela para exonerar-lhe de qualquer obrigação financeira assumida em favor da 1ª Requerida, que agora possui renda própria. Busca, ainda, em sede antecipatória, a exoneração da obrigação financeira assumida em favor do 2º Requerido, que atingiu a maioridade, ou então, caso não seja este vosso entendimento, que seja diminuída a contribuição mensal a ser paga para, no máximo, R$80,00, caso ele demonstre que está estudando e que precisa, inevitavelmente, do apoio para se sustentar.

Por fim, postula-se a concessão da tutela antecipada para reduzir o valor das pensões alimentícias pagas aos seus filhos menores para, no máximo, R$80,00. Isso porque, na situação ora versada, verifica-se a presença dos requisitos legais para a concessão da tutela antecipada, quais sejam, a probabilidade do direito alegado e o perigo de dano (art. 300 do CPC).

De um lado, a probabilidade do direito, fartamente demonstrada na situação de penúria vivida pelo Requerente, está lastreada na previsão contida no art. 1.699 do Código Civil, que prevê que "se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo".

Já o risco de dano repousa no fato de que se o Requerente parar de pagar os valores acordados, poderá ser executado e, eventualmente, até preso (art. 528 do CPC).

VI – DOS PEDIDOS

Ante o exposto, requer

1.o recebimento e a autuação da presente demanda;

2.a concessão da gratuidade de Justiça integral, nos termos do art. 98 do CPC;

3.o acolhimento do pedido de antecipação dos efeitos da tutela;

4.a citação dos Requeridos para comparecerem na audiência de autocomposição, nos termos do art. 695 do CPC;

5.ao final, confirmando-se a tutela antecipada eventualmente deferida, a procedência dos pedidos exordiais para:

5.1.declarar a exoneração, em caráter definitivo, do Requerente em relação à obrigação alimentar que tinha perante a 1ª Requerida;

5.2.declarar a exoneração, em caráter provisório, da obrigação do Requerente de prestar alimentos ao 2º Requerido, ou, subsidiariamente, caso ele demonstre ter imperativa necessidade, a redução do valor da prestação a patamar não superior a R$80,00;

5.3.declarar a redução, em caráter provisório, do valor da prestação alimentar do Requerente em relação à obrigação alimentar que tem perante o 3º e 4º Requeridos, para patamar não superior a R$80,00;

6.a produção de todos os meios de prova em direito admitidas, notadamente a documental, depoimentos pessoais, oitiva de testemunhas a serem oportunamente arroladas, realização de perícia, caso necessário, dentre outras que possam surgir no decorrer do procedimento;

Dá-se à causa o valor de R$15.840,00, referentes a 12 X 5,5 salários-mínimos no ano de 2003 (art. 292, III, do CPC)

Nestes termos,

Pede deferimento.

Local, Data

Defensor Público

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. DISSOLUÇÃO. BENS. DÍVIDAS. DIVISÃO. ALIMENTOS. FILHO MAIOR. 1. A obrigação alimentar do pai em relação aos filhos cessa com o advento da maioridade, mas não automaticamente. Cessando a obrigação alimentar compulsória, subsiste o dever de assistência fundado no parentesco consanguíneo. 2. "O cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos" (Súmula n. 358/STJ). 3. Visto que, com o advento da maioridade, o dever de prestar alimentos não se extingue de forma automática, deve-se dar ao alimentando oportunidade de comprovar a impossibilidade de prover a própria subsistência ou a necessidade da pensão por frequentar curso técnico ou universitário. Contudo, essa providência, na hipótese tratada nos autos, é despicienda porquanto a postulação por alimentos para filho maior, já com 25 anos, foi fundamentada apenas na obrigação alimentar, desvinculada de eventual necessidade. 4. O instituto da meação nada mais é do que a atribuição dos bens a cada um dos cônjuges que, conjuntamente, trabalharam para construir o patrimônio. O art. 1.725 do Código Civil estabelece o regime de comunhão parcial de bens para as relações patrimoniais entre companheiros, de forma que o companheiro tem direito tanto à metade dos bens adquiridos na constância da união estável que se comunicam no regime de comunhão parcial quanto à metade dos bens adquiridos a título oneroso, ainda que só em nome de um deles. 5. A meação do companheiro, assim como a do cônjuge, responde pelas obrigações do outro quando contraídas em benefício da família, na forma

estabelecida no art. 592, IV, do CPC e nos arts. 1.643 e 1.644 do CC. 6. Recurso especial conhecido parcialmente e provido em parte. RECURSO ESPECIAL Nº 1.292.537 – MG.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. Comentários ao novo Código de Processo Civil. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CAHALI, Yussef Said. Dos alimentos. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PORTO, Sérgio Gilberto. Doutrina e prática dos alimentos. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: direito de família. Vol. VI. 11ª ed., São Paulo: Atlas, 2014.

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER, CUMULADA COM AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E IMATERIAIS, COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA INCIDENTE

DPE/TO - 2012 - CESPE

PEÇA PROCESSUAL – Maria Silva, de 66 anos de idade, é beneficiária do plano de saúde SAÚDE OURO desde 22/6/2011 como titular. O plano é pago todos os meses tempestivamente. Em 16/11/2012, Maria Silva foi diagnosticada com obesidade mórbida, IMC=35,9kg/m2, associada a depressão, dispnéia aos esforços e lombalgia, necessitando realizar cirurgia de gastroplastia redutora, conforme relatório expedido pelo médico João Borges, inscrito no CRM sob o Nº. 12.345. A obesidade da paciente é de extrema gravidade com alto risco de desenvolvimento de doenças cardiovasculares. No dia 12/12/2012, o médico encaminhou pedido de autorização de internação, cirurgia, uso de materiais e despesas hospitalares ao plano de saúde da paciente, todavia, o plano de saúde lhe negou autorização sob o fundamento de que a mesma não atendia aos requisitos previstos em lei para realização do procedimento cirúrgico em questão, especialmente as Diretrizes de Utilização para Cobertura de Procedimentos na Saúde Suplementar – ANS – RN 262, que estabelece cobertura obrigatória de cirurgia de gastroplastia para paciente com idade entre 18 a 65 anos, com falha no tratamento clínico realizado por, pelo menos, dois anos e obesidade mórbida instalada há mais de cinco anos, quando preenchidos pelo menos um dos critérios listado no grupo I e nenhum do grupo II – GRUPO 1: IMC entre 35 e 39,9 kg/m2, com co-morbidade (diabetes, ou apneia do sono, ou hipertensão arterial, ou dislipendemia, ou doença coronariana, ou osteoartrites, entre outras); IMC igual ou superior a 40 kg/m2, com ou sem co-morbidades; GRUPO 2: Pacientes psiquiátricos descompensados, especialmente aqueles com quadros psicóticos ou demenciais graves ou moderados (risco de suicídio); uso de álcool ou drogas ilícitas nos últimos cinco anos. Vale esclarecer que, desde 2006, Maria Silva vem recebendo tratamentos médicos no combate à obesidade, todavia, estes não são suficientes. Seu corpo vem resistindo aos tratamentos conservadores, como dietas e exercícios, impedindo-a de perder peso e aumentando a gravidade do seu estado de saúde. Tendo em vista que Maria Silva não tem condições financeiras de arcar com os custos do tratamento, haja vista que não dispõe de numerário para pagar a referida cirurgia, no valo de R$25.000,00, buscou a assistência jurídica da Defensoria Pública do Estado de Tocantins para resolver o seu problema. Em face dos fatos narrados nessa situação

hipotética, redija, na condição de defensor público do estado de Tocantis, a medida judicial cabível, devidamente fundamentada, abordando todo o conteúdo de direito material e processual pertinente ao caso. Dispense o relatório e não crie fatos novos.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

JUÍZO DE DIREITO DA VARA CÍVEL DA COMARCA TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO TOCANTINS

MARIA SILVA, pessoa idosa, vem, à presença de Vossa Excelência, por intermédio da Defensoria Pública do Estado do Tocantins, com fundamento nos arts. 5º, X, da CRFB, dos arts. 186, 927 e 948 do Código Civil, e dos arts. 6º, 14, 18 e 101 do Código de Defesa do Consumidor, propor, pelo rito comum, a presente **AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER, CUMULADA COM AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E IMATERIAIS, COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA INCIDENTE,** *em face da Empresa SAÚDE OURO, pessoa jurídica de direito privado, pelos fatos e fundamentos que ora passa a aduzir.*

I – DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA

Primeiramente, requer à Vossa Excelência a concessão da GRATUIDADE INTEGRAL DE JUSTIÇA, de acordo com o art. 98 do CPC, visto que não tem condições financeiras de arcar com as custas judiciais e honorários advocatícios, sem prejuízo próprio ou de sua família, indicando para patrocinar a causa a Defensoria Pública em exercício junto a este Juízo.

II – DA PRIORIDADE NA TRAMITAÇÃO PROCESSUAL

Nos termos do art. 1.048 do CPC, a autora, por ter mais de 60 anos, tem direito à prioridade na tramitação processual, instrumento densificador do princípio do acesso à Justiça.

III – DA COMPETÊNCIA

A autora requer a competência para a tramitação processual nesta Comarca, onde tem o seu domicílio, com fundamento no art. 101, I, do Código de Defesa do Consumidor.

IV – DOS FATOS

DISPENSADO PELO ENUNCIADO

V – DOS FUNDAMENTOS

1. DA INCIDÊNCIA DA LEI Nº 8.078/90 (CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR)

É de clareza incontestável que a presente relação contratual submete-se aos ditames do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que a autora é destinatária final dos serviços prestados pela Empresa-Ré e esta caracteriza-se como fornecedora na intermediação dos serviços de saúde privada (arts. 2º e 3º do CDC).

Sendo regulada a relação contratual pelo estatuto consumerista, de natureza eminentemente principiológica, é mister dar relevo a determinados princípios que instruem a nova ótica contratual. É bem verdade que, se no direito clássico encontramos ditames como a força obrigatória dos contratos, o pacta sunt servanda, trazendo submissão das partes ao

pacto celebrado (contrato faz lei entre as partes), a doutrina moderna nos mostra a necessidade de uma apreciação muito mais profunda e diferenciada das características individuais das partes contratantes.

Como antes observávamos relações contratuais travadas de forma paritária, com possibilidade de discussão do conteúdo acordado, atualmente o que se nota são contratos previamente estabelecidos e redigidos pela parte contratante mais forte sem a possibilidade de modificação do conteúdo pelo consumidor. Esta vulnerabilidade do consumidor é patente, uma vez que se depara com contratos e regras já ditados pelo fornecedor, regras essas em sua maior parte abusivas e que traduzem lucro desmedido para as empresas.

Neste diapasão, é certo que na sociedade moderna surgem contratações diferenciadas que, além de serem contratos de adesão (com manifesta redução da autonomia da vontade do consumidor), traduzem subordinação ao fornecedor. Em outras palavras, são contratos que trazem dependência, catividade do usuário àquele contrato.

Salta aos olhos o contrato em questão: contrato de Assistência Médico-Hospitalar que brinda seus usuários com uma peculiar dependência, necessidade de manutenção da relação contratual, a fim de não se ver desprovido de seu bem maior: a vida. Pragmaticamente, impedido encontra-se o usuário do Plano de Saúde de dissolver o vínculo contratual, sob pena de perder toda a carência adquirida no período já contratado.

Assim, para dar vida à nova ótica contratual, torna-se indispensável o intervencionismo estatal nas relações privadas. Verdadeiramente, é o juiz o instrumento que dá efetividade ao equilíbrio do pacto celebrado através do dirigismo contratual necessário para atender às cláusulas gerais de tutela da pessoa humana, da função social dos contratos e da boa-fé. Não por outro motivo, o STJ editou o enunciado sumular nº 469, afirmando que "aplica-se o código de defesa do consumidor aos contratos de plano de saúde".

2. DA VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Não é crível que a negativa de cobertura da intervenção cirúrgica necessária à vida da Autora encontre fundamento de validade no ordenamento constitucional, mormente quando se depreende a análise do conteúdo do princípio fundamental da Dignidade da Pessoa Humana, previsto no art. 1º III da CRFB (princípios da igualdade, da liberdade, da integridade psicofísica e da solidariedade social).

Não se deve aplicar norma infraconstitucional sem antes observar os ditames dos princípios constitucionais, mormente quando fere de morte o inafastável e imponderável princípio da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República e um dos primeiros que vem prestigiados na Constituição Federal.

3. DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Outrossim, tratando-se de chamado "contrato cativo de longa duração", o que deseja e necessita a Autora é a prestação de forma adequada face a subordinação contratual em que se encontra. Certamente, há de se levar em consideração o chamado equilíbrio econômico dos contratos. Entretanto, tratando-se de prestação de serviços relativos a saúde, a questão deve ser sopesada à luz da proporcionalidade e razoabilidade.

4. DA BOA-FÉ OBJETIVA E DO DEVER DE COOPERAÇÃO

É cediço que, desde os romanos, o princípio da força obrigatória dos contratos é pedra angular da segurança do comércio jurídico. Essa era uma verdade incontestável para os moldes clássicos de contratação. Contudo, para a sociedade de consumo e dos contratos de massa hodierna merece, o princípio merece uma releitura.

Com efeito, diante dos inevitáveis contratos de adesão, no quais inexistem uma fase pré-negocial e onde o conteúdo do instrumento contratual é unilateralmente elaborado, deve-se sim criar normas e uma disciplina específica adaptada às características especiais e que permita um controle efetivo da equidade contratual. Assim, para disciplinar tais relações contratuais complexas, cativas, de longa duração, passou-se a uma visão dinâmica destes contratos massificados, de como sua especialidade e indiscutível importância social imprimem a necessidade de uma nova interpretação das obrigações assumidas, de uma visualização mais precisa da gama de deveres principais e secundários existentes nestas relações contratuais e de que, em virtude da confiança despertada, o paradigma máximo aqui há de ser o princípio da boa-fé objetiva.

O próprio Código de Defesa do Consumidor traz como principal princípio norteador a boa-fé objetiva, sendo certo que a mesma deve pautar as relações entre consumidor e fornecedor, estabelecendo, pela cláusula geral da boa-fé (art. 51, IV, do CDC), parâmetros interpretativos dos contratos celebrados e deveres anexos aos pactuados.

A doutrina, com muita propriedade, assinala como um dos deveres anexos à boa-fé objetiva o dever de cooperação, que impõe ao fornecedor a facilitação do adimplemento da obrigação. Ora, é dever do fornecedor, em razão da boa-fé objetiva, autorizar o tratamento necessário à manutenção da saúde e da vida da Autora.

5. DA PREVALÊNCIA DAS NORMAS PROTETIVAS DO CONSUMIDOR

Nesse diapasão, cumpre salientar que a Lei nº 9.656/98, que regulamenta a atividade dos planos e seguros privados de assistência à saúde, determina no seu art. 12 as coberturas básicas, dentre as quais se insere a internação hospitalar. O artigo 35-D, por sua vez, reforça a tese de que o fornecedor dos serviços não pode escusar-se do atendimento, pois caracterizada a necessidade e a urgência da intervenção, uma vez que a autora corre risco de vida ou de lesão irreparável à saúde.

Em sede da relação de consumo, principalmente em contrato de fornecimento de serviço de saúde, os atos normativos não podem mitigar direitos e garantias fundamentais, escoradas nos art. 5º, XXXII; 6º; 170, V; e 196 , todos da CRFB. A Lei nº 9.656/98 é norma de ordem pública, criada para proteger os consumidores da ganância e arbitrariedade das empresas que operam planos ou seguros privados de assistência à saúde.

Com isso, deve-se dar a máxima efetividade aos postulados constitucionais, bem como ratificar que as diretrizes estabelecidas pela Constituição da República não podem ser violadas, sequer por forma reflexa, mediante subterfúgios, tais como as limitações previstas na Diretrizes de Utilização para Cobertura de Procedimentos na Saúde Suplementar – ANS – Resolução Normativa º 262. Ressalte-se, por oportuno, que, esse fornecimento deve ser

assegurado com absoluta prioridade aos idosos, principalmente no que se refere aos de uso continuado, nos termos do art. 15, § 2º, da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso).

Com efeito, não se pode olvidar do esforço expendido pelo ordenamento jurídico no sentido de tutelar o fundamental direito à saúde e, por conseguinte, a uma vida digna ao indivíduo, cabendo aos fornecedores de serviço de saúde efetivar as políticas públicas traçadas pelo legislador constituinte e prestar os serviços médico-hospitalares e fornecer os medicamentos comprovadamente necessários aos doentes, especialmente aqueles hipossuficientes e idosos.

6. DA INVALIDADE DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS ABUSIVAS

Também não se poderia admitir qualquer disposição contratual expressa excluindo tais procedimentos, já que diretamente ligados e necessários ao eficiente tratamento da doença (obesidade mórbida), pois os planos de saúde estão amplamente sujeitos aos princípios e normas do Código de Defesa do Consumidor. A partir isso, suas cláusulas contratuais devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao usuário (art. 47), tendo-se por abusivas e nulas as que coloquem em desvantagem exagerada o consumidor (art. 51, IV, § 1º, II), assim entendidas as que pretendem limitar a cobertura a tratamento específico.

Logo, a intervenção do Poder Judiciário é algo que se impõe, a fim de que seja a demandada dissuadida de suas práticas ilegais e abusivas de recusar as devidas autorizações para a realização das cirurgias bariátricas, relativamente aos pacientes oriundos de tratamento da obesidade mórbida, associada a outros problemas de saúde de gravidade medicamente comprovada.

7. DO DEVER DE COMPENSAR OS DANOS IMATERIAIS CAUSADOS

Inteiramente cabível no caso em tela a compensação dos danos imateriais sofridos pela Autora. De fato, a recusa apresentada pela Empresa-Ré trouxe para a autora danos à sua esfera ética, consubstanciados na dor, no sofrimento e na humilhação de quem depende de um tratamento médico para preservar a sua saúde. Tais fatores ultrapassam, em muito, o mero inadimplemento contratual, representando uma agressão injusta e altamente reprovável por parte da Empresa-Ré.

Compulsando os autos, denota-se vasta prova documental idônea a vislumbrar a doença que acomete a autora (requerimento médico de autorização e a recusa ilegal da Empresa-Ré em autorizar a realização do procedimento cirúrgico em guisa). De modo que a autora logrou demonstrar o fato constitutivo de seu direito.

De outro giro, a Empresa-Ré não se desincumbiu do seu ônus probatório, tendo se limitado a aduzir que o procedimento pretendido não possui cobertura contratual, por conta de a autora não preencher os requisitos estabelecidos na Resolução Normativa 262 da ANS.

Em que pese a alegação, é consolidado na jurisprudência prevalente dos tribunais pátrios, à luz do disposto nos arts. 47 e 51 do Código de Defesa do Consumidor, que deve prevalecer a prescrição médica do profissional que acompanha a paciente em detrimento da cláusula contratual limitativa, sobremaneira, por se tratar de procedimento cirúrgico imprescindível para conclusão do tratamento.

No que tange às consequências da recusa indevida da seguradora em autorizar o procedimento cirúrgico em tela, também a jurisprudência é remansosa pela caracterização da lesão extrapatrimonial in re ipsa. Nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6º, VI, elenca como direito básico do consumidor "a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos."

Assim sendo, a simples aferição do dano, no caso, o desconforto, a molestação, o incômodo de que foi vítima a autora ao ser impedida de utilizar regularmente o seu plano, em atitude abusiva e ilegal da ré, que nega-se à prestação do serviço contratado, sua tentativa de solucionar o problema amigavelmente, assim como a existência do nexo de causalidade entre o ato ilícito e o dano causado, já são suficientes para que se incorra em responsabilidade por parte da Empresa-Ré, constituindo causa eficiente que determina a obrigação de compensar pelo dano imaterial causado.

Ressalte-se, ainda, que a indenização, in casu, além de servir para compensar a autora do dano causado pelos transtornos sofridos, apresenta, sem dúvida, um aspecto pedagógico, pois serve de advertência para que ao causador do dano e seus congêneres venham se abster de praticar os atos geradores desse dano.

8. DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA PRETENDIDA

A existência de contrato celebrado entre as partes e as considerações feitas no decorrer da exordial evidenciam a presença de prova suficiente da probabilidade do direito alegado, no que concerne à violação do contrato, das normas do Código de Defesa do Consumidor, da CRFB e da Lei nº 9.656/98, trazidas à colação pela Autora, titular do direito à vida e da assistência à saúde.

Por outro lado, está presente o fundado receio de dano grave ou irreparável, uma vez que o acolhimento da demanda sem a antecipação de tutela poderá importar no reconhecimento de um direito a titular que não mais esteja em condições de exercê-lo, em razão do seu estado de saúde. Ademais, é inequívoco o risco que pode representar a ausência de cobertura para a realização do tratamento médico, diante da demora na solução do processo e a urgência exigida pelo caso na adoção das medidas pleiteadas.

Assim sendo, demonstrados os requisitos autorizadores da antecipação da tutela jurisdicional, prevista no art. 300 do Código de Processo Civil e art. 84 e seus parágrafos, da Lei nº 8.078/90, haja vista a verossimilhança da alegação e o perigo de dano irreversível na demora da autorização e do custeio da realização de procedimento cirúrgico, injustificadamente negados pela Empresa-Ré, não obstante a adesão e cumprimento com exatidão das obrigações.

VI – DOS PEDIDOS

Face ao exposto, requer:

a) o recebimento da presente demanda;

b) a concessão da gratuidade integral de Justiça e a prioridade de tramitação processual, nos termos dos arts. 98 e 1.048 do CPC e do Estatuto do Idoso;

c) a inversão do ônus da prova, nos termos dos arts. 6º, VIII, e 14, § 3º, I, do CDC;

d) o deferimento da antecipação da tutela, inaudita altera pars, para determinar que a Empresa-Ré proceda a autorização e o custeio para a imediata internação da Autora para autorização de internação, uso de materiais e despesas hospitalares para realizar cirurgia de gastroplastia redutora, conforme relatório expedido pelo médico João Borges, inscrito no CRM sob o nº 12.345, bem como para que seja autorizado o fornecimento de toda medicação necessária aos procedimentos preparatórios, o qual se afigura necessário e urgente para a manutenção da vida da Autora, tudo conforme laudo médico, oficiando-se a empresa ré para cumprimento, sob pena de multa diária no valor de R$10.000,00;

e) a intimação da Empresa-Ré da decisão antecipatória da tutela, bem como sua citação na pessoa de seu representante legal, para comparecer na audiência de autocomposição a ser designada, nos termos do art. 334 do CPC;

f) a procedência do pedido para, confirmando os termos da tutela antecipada pleiteada:

f.1. condenar a Empresa-Ré a se abster de praticar qualquer ato que interrompa o fornecimento de serviço médico hospitalar prestado ao autor;

f.2. condenar a Empresa-Ré a autorizar a internação e a realização/permanência da Autora na em unidade médica, bem como que arque com todas as despesas com os procedimentos médico-cirúrgicos, inclusive com a aquisição de todos os materiais e medicamentos necessários, pelo tempo que for necessário para o total restabelecimento da saúde da Autora, conforme orientação do médico constante, do relatório em anexo;

f.3. condenar a Empresa-Ré ao pagamento de compensação por danos imateriais no valor correspondente a R$25.000,00 (vinte e cinco mil reais);

f.4. condenar a Empresa-Ré ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios;

g) a produção de todos os meios de prova moralmente legítimos, em especial documental suplementar, pericial se necessária, e testemunhal.

Dá à causa o valor de R$50.000,00, referente à soma do valor do tratamento médico com o pedido de compensação por dano material (art. 292, II e V, do CPC).

Termos em que,

Pede deferimento.

Data

Defensor Público

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

Súmula nº 469 do STJ: *"Aplica-se o código de defesa do consumidor aos contratos de plano de saúde"*

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ARTIGO 544 DO CPC/73) - AÇÃO INDENIZATÓRIA - DECISÃO MONOCRÁTICA NEGANDO PROVIMENTO AO AGRAVO, MANTIDA A INADMISSÃO DO RECURSO ESPECIAL. IRRESIGNAÇÃO DA RÉ 1. Cabimento de indenização por dano moral. Consoante cediço nesta Corte, a recusa indevida/injustificada, pela operadora de plano de saúde, em autorizar a cobertura financeira de tratamento médico de emergência, a que esteja legal ou contratualmente obrigada, enseja reparação a título de dano moral, por agravar a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do beneficiário. Caracterização de dano moral in re ipsa. Precedentes. 2. Hipótese em que o Tribunal de origem, à luz das peculiaridades do caso concreto, arbitrou a indenização por danos morais em R$8.000,00 (oito mil reais), o que não se distancia dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade" (STJ – 4ª Turma – AgRg no AREsp 789374/RJ – Rel. Min. Marco Buzzi, j. em 20/04/2016)

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. Comentários ao novo Código de Processo Civil. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

GABARITO DA BANCA EXAMINADORA:

- Gabarito: 1. Apresentação e estrutura textual (legibilidade, respeito às margens e indicação de parágrafos). 2. Desenvolvimento do tema. 2.1 - Petição inicial de ação de obrigação de fazer com antecipação de tutela, conforme requisitos do art. 282 do CPC. 2.2 - Pedido de antecipação de tutela / Fundamentação dos requisitos do periculum in mora (perigo de dano irreparável ou de difícil reparação) e fumus boni iuris (verossimilhança das alegações). 2.3 - Conceito de consumidor. 2.4. Conceito de fornecedor. 2.5. Direitos básicos do consumidor. 2.6. Cláusulas abusivas. 2.7. Pedido de gratuidade da Justiça

AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C NULIDADE DE REGISTRO CIVIL

DPE/SE - 2006 - CESPE

PEÇA PRÁTICA - Mário — brasileiro, comerciante, residente e domiciliado em Aracaju – SE — foi casado durante três anos com Beatriz — brasileira, costureira, residente e domiciliada em Aracaju – SE — no período de dezembro de 1999 a fevereiro de 2003, quando se separaram judicialmente. Em 23/3/2002, ocorreu o nascimento de Plínio, que foi registrado como filho biológico do casal. Posteriormente, Mário tomou conhecimento de que era portador de uma doença congênita, que não lhe permite procriar, conforme atestado médico. Dessa forma, Mário concluiu não ser o pai biológico de Plínio e decidiu questionar, em juízo, a paternidade e o registro de nascimento do filho da ex-esposa. Por ser juridicamente pobre, procurou a Defensoria Pública. Atualmente, Plínio encontra-se sob a guarda e responsabilidade de sua genitora. Diante dessa situação hipotética, proponha, na qualidade de defensor público do estado de Sergipe, a medida judicial cabível para proteção dos interesses de Mário, abordando todos os aspectos de direito material e processual pertinentes e observando que a petição inicial contenha todos os requisitos legais.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) DOUTOR(A) JUIZ(A) DE DIREITO DA VARA DE FAMÍLIA DE ARACAJU – SE

Mário, brasileiro, separado, comerciante, residente e domiciliado em Aracaju – SE, portador(a) da carteira de identidade n.º e do CPF n.º, juridicamente assistido pela Defensoria Pública do Estado de Sergipe, através do Defensor Público abaixo subscrito, vem mui respeitosamente a Vossa Excelência, com fulcro no art. 1.601 do Código Civil, propor **AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C NULIDADE DE REGISTRO CIVIL** *em face de Plínio, brasileiro, menor impúbere, representado por sua genitora Beatriz, brasileira, separada, costureira, portadora do RG nº e CPF nº, residente e domiciliado à, pelas razões e fundamentos jurídicos abaixo expendidos:*

GRATUIDADE JUDICIÁRIA

O autor requer, inicialmente, os benefícios da Justiça Gratuita, nos termos do art. 98 do CPC, ou seja, não dispõe de condições econômicas para arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios sem colocar seriamente em risco a sua manutenção e, até mesmo, própria sobrevivência, razão pela qual é assistido pela Defensoria Pública do Estado de Sergipe.

DOS FATOS

- Breve relatório dos fatos

DO DIREITO

DA DESCONSTITUIÇÃO DA PATERNIDADE E NULIDADE DO REGISTRO CIVIL

A filiação pode ser conceituada como sendo a relação jurídica decorrente do parentesco por consanguinidade ou outra origem, estabelecida particularmente entre os ascendentes e descendentes de primeiro grau. Nos termos do artigo 1.603 do Código Civil, a filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil.

Nesse contexto, a paternidade pode ser compreendida, atualmente, sob dois prismas: de um lado, encontra-se a paternidade biológica, derivada dos laços sanguíneos que unem pai e filho. Por outro lado, há a chamada paternidade socioafetiva, decorrente do vínculo subjetivo que gera a relação paternal estabelecida entre os sujeitos, dando origem à chamada "posse de estado de filho".

Em um primeiro momento, analisando casos em que os dois conceitos se mostram conflitantes, isto é, quando, a despeito da verificação de paternidade afetiva, pretende-se a desconstituição do vínculo com base na ausência de consaguinidade, o Superior Tribunal de Justiça consolidou sua jurisprudência no sentido de não admitir a negatória de paternidade.

De fato, a simples ausência de convergência entre a paternidade declarada no assento de nascimento e a paternidade biológica, por si só, não autoriza a desconstituição do vínculo e a invalidação do registro. Entretanto, a Corte Cidadã passou a admitir que caso o declarante demonstre ter incorrido, seriamente, em vício de consentimento, essa presunção poderá vir a ser ilidida por ele.

Não se pode negar que a filiação socioafetiva detém integral respaldo do ordenamento jurídico nacional, a considerar a incumbência constitucional atribuída ao Estado de proteger toda e qualquer forma de entidade familiar, independentemente de sua origem (art. 227 da CRFB). Ocorre que o estabelecimento da filiação socioafetiva perpassa, necessariamente, pela vontade e pela voluntariedade do apontado pai, ao despender afeto de ser reconhecido como tal. Em outras palavras, as manifestações de afeto e carinho por parte de pessoa próxima à criança somente terão o condão de convolarem-se numa relação de filiação se, além da caracterização do estado de posse de filho, houver, por parte do indivíduo que despende o afeto, a clara e inequívoca intenção de ser concebido juridicamente como pai da criança.

Portanto, entende o STJ que a higidez da vontade e da voluntariedade de ser reconhecido juridicamente como pai consubstancia pressuposto à configuração de filiação socioafetiva. Dessa forma, não se concebe a conformação dessa espécie de filiação quando o apontado pai incorre em qualquer dos vícios de consentimento. Ademais, sem proceder a qualquer consideração de ordem moral, não se pode obrigar o pai registral, induzido a erro substancial, a manter uma relação de afeto igualmente calcada no vício de consentimento originário, impondo-lhe os deveres daí advindos sem que voluntária e conscientemente o queira.

Registre-se, porque relevante: encontrar-se-ia inegavelmente consolidada a filiação socioafetiva se o demandante, mesmo após ter tido ciência da verdade dos fatos, ou seja, de que não é pai biológico do requerido, mantivesse com este, voluntariamente, o vínculo de afetividade sem o vício que o inquinava.

Em síntese, cabe ao marido, e somente a ele, fundado em erro, contestar a paternidade de criança supostamente oriunda da relação estabelecida com a genitora da criança, de modo a romper a relação paterno-filial então conformada, deixando-se assente, contudo, a possibilidade de o vínculo de afetividade vir a se sobrepor ao vício, caso, após o pleno conhecimento da verdade dos fatos, seja esta a vontade do consorte/companheiro.

Diante do exposto, pugna-se pelo acolhimento da pretensão de desconstituição da paternidade registral, porquanto evidenciado: 1 – que o declarante, ao proceder o registro de nascimento, sob a presunção pater is est, foi induzido a erro; 2 – que a relação de afeto então estabelecida entre pai e filho registral, igualmente calcada no vício de consentimento originário, restou definitivamente rompida; e 3 – que não houve manifestação consciente e voluntária do apontado pai registral de ser reconhecido juridicamente como tal (pressuposto da configuração da filiação socioafetiva), após saber que não era o genitor da criança.

DOS PEDIDOS

Diante do exposto, requer:

a)A concessão do benefício da gratuidade da justiça, nos termos do art. 98 do CPC;

b)A citação da parte requerida, na pessoa de sua representante legal;

c)Intimação pessoal e contagem de prazo em dobro, nos termos da LC nº 80/1994;

d)O julgamento de total procedência da ação, com a desconstituição da paternidade registral.

Nestes termos, pede deferimento.

Local e data

Defensor Público

Matrícula

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. 1. PREFACIAL. PRINCÍPIOS DA CONCENTRAÇÃO DA DEFESA NA CONTESTAÇÃO E DA ADSTRIÇÃO. VIOLAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. EMENDA DA INICIAL, AQUIESCIDA PELA PARTE REQUERIDA, COM REITERAÇÃO DAS MATÉRIAS DE DEFESAS DESENVOLVIDAS NO CURSO DO PROCESSO. 2. MÉRITO. DECLARANTE, SOB A PRESUNÇÃO PATER IS EST, INDUZIDO A ERRO. VERIFICAÇÃO. RELAÇÃO DE AFETO ESTABELECIDA ENTRE PAI E FILHO REGISTRAIS CALCADA NO VÍCIO DE CONSENTIMENTO ORIGINÁRIO. ROMPIMENTO DEFINITIVO. FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA. NÃO CONFIGURAÇÃO. 3. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. [...] 2.3. O estabelecimento da filiação socioafetiva perpassa, necessariamente, pela vontade e, mesmo, pela voluntariedade do apontado pai, ao despender afeto, de ser reconhecido como tal. É dizer: as manifestações de afeto e carinho por parte de pessoa próxima à criança somente terão o condão de convolarem-se numa relação de filiação, se, além da caracterização do estado de posse de filho, houver, por parte daquele que despende o afeto, a clara e inequívoca intenção de ser concebido juridicamente como pai ou mãe daquela criança. Portanto, a higidez da vontade e da voluntariedade de ser reconhecido juridicamente como pai, daquele que despende afeto e carinho a outrem, consubstancia pressuposto à configuração de toda e qualquer filiação socioafetiva. Não se concebe, pois, a conformação desta espécie de filiação, quando o apontado pai incorre em qualquer dos vícios de consentimento. Na hipótese dos autos, a incontroversa relação de afeto estabelecida entre pai e filho registrais (durante os primeiros cinco/seis anos de vida do infante), calcada no vício de consentimento originário, afigurou-se completamente rompida diante da ciência da verdade dos fatos pelo pai registral, há mais de oito anos. E, também em virtude da realidade dos fatos, que passaram a ser de conhecimento do pai registral, o restabelecimento do aludido vínculo, desde então, nos termos deduzidos, mostrou-se absolutamente impossível. 2.4. Sem proceder a qualquer consideração de ordem moral, não se pode obrigar o pai registral, induzido a erro substancial, a manter uma relação de afeto, igualmente calcada no vício de consentimento originário, impondo-lhe os deveres daí advindos, sem que, voluntária e conscientemente, o queira. Como assinalado, a filiação sociafetiva pressupõe a vontade e a voluntariedade do apontado pai de ser assim reconhecido juridicamente, circunstância, inequivocamente, ausente na hipótese dos autos. (STJ, REsp 1330404 / RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Terceira Turma, julgado em 05/02/2015, DJe 19/02/2015).

AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS COM PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA DE NATUREZA ANTECIPATÓRIA

DPE/SE - 2012 - CESPE

PEÇA PRÁTICA - No início do ano de 2009, João ingressou, em concurso público, nos quadros da Secretaria de Segurança Pública do Estado de Sergipe e passou a exercer o cargo

público efetivo de policial militar, na condição, portanto, de agente de fato. Após três anos no exercício do cargo, João foi promovido e assumiu a responsabilidade de posto policial que, localizado em bairro populoso de Aracaju-SE, funcionava com apenas dois policiais. Sem apoio e estrutura necessários para realizar as diligências típicas da atividade repressiva policial, em especial as de rondas e vigilância, João, indignado com as precárias condições de trabalho, decidiu recrutar, informalmente, Pedro, seu amigo de infância e pessoa de sua confiança, para auxiliá-lo na empreitada. Pedro aceitou prontamente o convite, mesmo sem remuneração, pois nutria, desde a infância, o sonho de um dia ser policial. As atividades eram exercidas de 2ª a 6ª feira, no período noturno, pois, durante o dia, Pedro trabalhava como vigia em estabelecimentos comerciais, trabalho que lhe rendia o valor mensal aproximado de R$ 600,00. Em 12/5/2012, Augusto, empresário conhecido e domiciliado na cidade de Aracaju-SE e credor de Pedro, insatisfeito com o atraso de um ano no pagamento da dívida de R$ 4.000,00, entrou no posto policial onde Pedro fazia plantão e lhe desferiu cinco tiros, matando-o imediatamente. Pedro estava casado havia dois anos com Ana, desempregada, que dependia financeiramente do esposo. Um dia antes da morte de Pedro, Ana lhe contara que estava grávida havia um mês. Em 15/7/2012, Ana, que continuava sem emprego, compareceu à defensoria pública, com a pretensão de propor medida judicial, no âmbito cível, apta a reparar os danos materiais e morais sofridos por ela e pelo nascituro, tendo comprovado que gastara aproximadamente R$ 10.000,00 com as despesas do luto. Com base na situação hipotética acima apresentada, redija, na condição de defensor público do estado de Sergipe, a peça judicial cabível e que atenda aos interesses e Ana e do nascituro, em consonância com a legislação pertinente e jurisprudência consolidada no âmbito dos tribunais superiores. Analise toda a matéria de direito processual e material concernente ao caso, fundamente suas explanações e não crie fatos novos. Atente-se para o fato de que, no ordenamento jurídico brasileiro, vigora a regra da independência das instâncias civil e penal.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) DOUTOR(A) JUIZ(A) DE DIREITO DA VARAS CÍVEIS DA COMARCA DE ARACAJU/SE

Ana, brasileira, viúva, desempregada, residente e domiciliada à Rua , Bairro, Aracaju--SE, com endereço eletrônico , CPF, RG, neste também representando o seu nascituro, vem, mui respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, através da Defensoria Pública do Estado de Sergipe, por intermédio do Defensor Público abaixo assinado, com fulcro nos arts. 5º, XXXV e 134 da CRFB; 186 e 927 do CC; e art. 300 do CPC, propor a presente **AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS COM PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA DE NATUREZA ANTECIPATÓRIA**, *a ser processada no rito ordinário, em face de Augusto, brasileiro, empresário, residente e domiciliado na (endereço), Aracaju-SE, endereço eletrônico desconhecido, pelos fundamentos fáticos e jurídicos a seguir expostos.*

I - DO PEDIDO DE JUSTIÇA GRATUITA E DA OBSERVÂNCIA DAS PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA ESTADUAL.

Inicialmente, a parte autora declara-se pobre na forma da lei, tendo em vista não ter condições de arcar com as custas e demais despesas processuais sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

Assim, requer(m) preliminarmente os benefícios da gratuidade judiciária, tendo em vista enquadrar-se na situação legal prevista para sua concessão (Lei nº 1.060/50 e art. 98, caput e §§1º e 5º do NCPC), bem como a observância das prerrogativas processuais do defensor público ao final assinado, sobretudo a intimação pessoal e a concessão de prazos processuais em dobro, tudo em conformidade com o art. 128 da Lei Complementar nº. 80/94.

II - DOS FATOS NORTEADORES.

Aos 12 de maio de 2012, Augusto, empresário, dirigiu-se ao posto policial onde Pedro prestava plantão e contra ele desferiu cinco tiros, provocando-lhe a morte imediatamente. A motivação que o levou a consumação de tal conduta delituosa teria sido atrasos no pagamento de uma dívida calculada em R$ 4.000,00.

A vítima (Pedro) estava casado há dois anos com Ana, autora da presente demanda. No momento, Ana encontra-se desempregada e dependia financeiramente do de cujus. Como se não bastasse, está em processo gestacional, gerando uma criança cujo pai é a vítima do referido homicídio.

Diante do exposto, não lhe restou outro alternativa a não ser recorrer à tutela jurisdicional por ser-lhe justo e de direito.

III - DA LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DA VIÚVA E DO NASCITURO. ARTS. 2º E 943 DO CC.

Inicialmente, impende sublinhar que a autora possui legitimidade ad causam, bem como o seu nascituro, para figurarem no polo ativo da presente demanda. A viúva, ora autora, tem legitimidade prescrita em lei, como decorre do art. 943 do Código Civil, segundo o qual "o direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança". Ademais, é patente o entendimento nas Cortes Superiores de que, na hipótese de falecimento da vítima direta, aqueles que suportaram os danos de forma mais próxima e impactante, subsistem como legitimados para exigirem a devida e justa reparação.

No que tange ao nascituro, é sabido que a personalidade civil só exsurge a partir do nascimento com vida. Contudo, a lei civil pátria põe a salvo, desde a concepção, os seus direitos (art. 2º do CC). Destarte, uma vez tendo os seus direitos legalmente resguardados, com maior razão se faz o entendimento de que tem legitimidade para pleitear as suas eventuais reparações.

IV - DA LEGITIMIDADE PASSIVA. ART. 927 DO CC.

Por força do artigo 927 do Código Civil, aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Assim, inconteste é a legitimidade passiva de Augusto, visto a sua conduta ilícita geradora de incontestáveis danos de ordem moral e material.

V - DA CAUSA PETENDI. ART. 319, III DO NCPC.

Dentre outros requisitos, o art. 319, III, do NCPC exige que a petição inicial apresente a sua causa petendi. Pois bem, enquanto causa de pedir próxima/imediata tem-se os fatos, conforme delineados no tópico II desta peça vestibular, que, em suma, compreendem a ocorrência de homicídio doloso em desfavor do marido da autora.

Por conseguinte, a causa de pedir remota/mediata compreende o seu bojo jurídico, que passaremos a explaná-lo nos tópicos que seguem.

VI - DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

a)DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Nos termos do art. 186 do CC, que traz a regra geral de responsabilidade civil subjetiva no âmbito do Código de 2002 – embora haja hipóteses de responsabilização objetiva em outros dispositivos do Código - faz-se necessária a existência de três requisitos para fins de caracterização do dever de indenizar: uma conduta dolosa ou culposa; a ocorrência de danos; e um nexo de causalidade entre o ato e os prejuízos decorrentes.

Com efeito, o aludido artigo diz que aquele que, por ação ou omissão, violar direito e causar dano a outrem, comete ato ilícito, na forma culposa ou dolosa. Ademais, o art. 927 do CC, consigna que aquele que, por uma ilicitude, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Na situação sob análise, é patente que estão presentes os requisitos para responsabilização de Augusto que, com sua conduta dolosa, desferiu cinco tiros contra a vítima, levando-a a óbito instantaneamente.

Como é uníssono na doutrina e na Jurisprudência, a morte da vítima não atinge somente a ela, mas gera danos de ordem moral e material aos seus entes, sobretudo àqueles que economicamente dependiam dele - hipótese que se observa no caso em testilha.

Portanto, por tais razões, resta evidente o dever de Augusto de indenizar a promovente e o seu nascituro pelos prejuízos ocasionados.

b)DA INDENIZAÇÃO PELOS DANOS MATERIAIS.

Em verdade, com fulcro nos artigos 186 e 927 do CC, aquele que causa prejuízo a outrem, ao cometer um ato ilícito, responde por perdas e danos, e, assim, tem a obrigação de repará-los.

Desse modo, segundo o art. 944 do CC, a indenização deve ser comensurada de acordo com a extensão do ano e, no que concerne especificamente à hipótese aqui narrada (homicídio), o art. 948 daquele mesmo diploma legal dá os parâmetros basilares da indenização: pagamentos das despesas com funeral e o luto da família, além da prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

Portanto, desde logo, impõe-se ao demandado a obrigação de reparar os valores despendidos com o funeral, na cifra de R$ 10.000,00, além da imposição de prestar alimentos àqueles que dependiam da vítima. Como visto, Ana dependia economicamente do seu marido e, além disso, encontra-se gestante - responsabilidade que se agrava.

Todavia, o artigo supramencionado é muito objetivo e claro quando diz que as reparações expressamente previstas não excluem outras que possam surgir. Assim, outras reparações se impõem, inclusive, de ordem material, como a assistência financeira durante todo o processo gestacional para garantir o suprimento de outras necessidades que não se restringem apenas à questão alimentícia.

Portanto, faz-se indiscutível, conforme os documentos ora acostados, como laudos médicos, prontuários, boletins de ocorrência, além da prova testemunhal a ser produzida, que o promovido causou prejuízos à promovente, que teve de arcar com despesas de funeral no valor de 10 mil reais.

Ademais, requer-se, além do ressarcimento por todas as despesas funerais, que seja fixada pensão mensal em favor dos autores, no valor de dois salários mínimos, tendo em vista a orientação do STF, consignada na Súmula 490, segundo a qual a pensão correspondente à indenização oriunda de responsabilidade civil deve ser calculada com base no salário mínimo vigente ao tempo da sentença e ajustar-se-à às variações ulteriores. Requer-se também que se constitua capital que assegure o pagamento do valor mensal da pensão, com supedâneo no artigo 533 do NCPC.

c)DA INDENIZAÇÃO PELOS DANOS MORAIS.

Retomando o art. 948 do Código Civil, entre os parâmetros por ele estabelecidos passíveis de reparação, encontra-se o luto da família. Não há dúvidas de que a retirada abrupta, por meio de um homicídio, do ente querido causa um sofrimento incomensurável, que dilapida a moral daqueles que ficam.

Além disso, faz jus à reparação moral não só a viúva, mas também o nascituro. Precedente do STJ aponta nesse sentido, pois maior do que a agonia de perder um pai é a angústia de jamais ter podido conhecê-lo, de nunca ter recebido dele um gesto de carinho, enfim, de ser privado de qualquer lembrança ou contato, por mais remoto que seja, com aquele que lhe proporcionou a vida.

Dessa forma, faz-se caracterizado o dever de compensação pelos danos morais causados, com condenação do réu em 35 mil reais para a viúva e 25 mil reais para o nascituro, pugnando-se, desde já, pela incidência de correção monetária desde a data de seu arbitramento, consoante a súmula 362 do STJ.

VII - DA POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DOS DANOS MORAIS E MATERIAIS. SÚMULA 37 DO STJ

Pelo justo e de direito, a presente demanda importa em reparações indenizatórias de ordem material e moral. Faz-se imperioso frisar que a jurisprudência consolidada do STJ, consignada na súmula 37, é pela possibilidade de cumulação das indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

VIII - DA INDEPENDÊNCIA DAS INSTÃNCIAS CIVIL E PENAL (ART. 935 DO CC).

No caso em análise, em que pese a responsabilidade civil do réu ser decorrente de um ilícito de ordem criminal, importa assinalar que o nosso ordenamento jurídico consagrou a independências das instâncias, conforme art. 935 do CC, segundo o qual a responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal. Isto é, a reparação de ordem civil se impõe, não havendo qualquer óbice que impeça o seu processamento e a sua conclusão.

IX - DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA DE NATUREZA ANTECIPATÓRIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 300 DO CPC.

Consoante o artigo 300 do NCPC, a antecipação da tutela será concedida se os dois requisitos, quais sejam, o fumus boni iuris (probabilidade do direito) e o periculum in mora (perigo de dano ou risco ao resultado útil ao processo), estiverem presentes.

No caso concreto, a probabilidade do direito está demonstrada pelos fatos norteadores da demanda, consubstanciados em boletim de ocorrência e provas testemunhais que evidenciam a prática do homicídio, bem como seu nexo de causalidade tendo em vista que foi a causa mortis da vítima, deixando a sua esposa desolada. Como se não bastasse, situação inquestionavelmente agravada por encontrar-se gestante.

Ademais, o perigo de dano reside no fato comprovado, conforme laudo obstétrico anexado, de que a requerente está gestante, não podendo esperar até o fim deste feito para ver atendido o seu direito ao recebimento de alimentos indenizatórios, com a constituição de capital, nos termos do art. 948, II do CC; e 533 do NCPC, tendo em vista que dependia economicamente do vítima. Fazê-la esperar até a conclusão do feito é colocá-la numa situação de miserabilidade extrema, que inviabilizará não só a sua saúde, mas também a perfeita e saudável formação do feto.

Assim, requer a concessão de tutela provisória de urgência de natureza antecipada em caráter liminar (inaudita altera pars) no sentido de condenar o réu, desde já, a prestar pensão mensal à autora, no valor de dois salários mínimos, em observância ao verbete sumular 490 do STF.

X - DO PEDIDO

Ante o exposto, requer-se:

a) a concessão dos benefícios da justiça gratuita (Lei nº 1.060/50 e art. 98, caput e §1º,§5º do NCPC) e a observância das prerrogativas processuais da Defensoria Pública (art. 128 da LC nº 80/94);

b) a concessão de tutela provisória de urgência de natureza antecipada em caráter liminar (inaudita altera pars) no sentido de condenar o réu, desde já, a prestar pensão mensal à autora, no valor de dois salários mínimos (art. 300 e 533 do NCPC e súmula 490 do STF);

c) a citação do réu para comparecimento à audiência de conciliação ou mediação (artigo 319, VII, do CPC), devendo a autora ser intimada pessoalmente da data de realização, em virtude de não se encontrar assistido por advogado particular, mas sim por Defensor Público Estadual (artigo 334 §3º c/c artigo 186 §2º, do CPC/15);

d) a procedência do pedido para condenação do réu por danos materiais, abrangendo as despesas funerais, no valor de R$ 10.000 e a pensão mensal de dois salários mínimos, acrescidos de juros a partir do evento danoso e correção monetária; em danos morais no valor correspondente a 35 mil reais para a viúva e 25 mil para o nascituro;

e) a constituição de capital em renda (art. 533 do CPC);

f) a condenação do réu em custas e honorários advocatícios em favor do Fundo de Aparelhamento da DPE/SE (art. 4º, XXI, da LC nº 80/94).

Protesta provar o alegado por todas as provas admitidas em direito.

Dá-se o valor da causa de .

Nestes termos, pede e confia deferimento.

Aracaju-SE, Data.

DEFENSOR PÚBLICO

ROL DE TESTEMUNHAS:

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

III.RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. MORTE. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. DIES A QUO. CORREÇÃO MONETÁRIA. DATA DA FIXAÇÃO PELO JUIZ. JUROS DE MORA. DATA DO EVENTO DANOSO. PROCESSO CIVIL. JUNTADA DE DOCUMENTO NA FASE RECURSAL. POSSIBILIDADE, DESDE QUE NÃO CONFIGURDA A MÁ-FÉ DA PARTE E OPORTUNIZADO O CONTRADITÓRIO. ANULAÇÃO DO PROCESSO. INEXISTÊNCIA DE DANO. DESNECESSIDADE. CIVIL. COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. FILHO NASCITURO. IRRELEVÂNCIA NA FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. - É devida correção monetária sobre o valor da indenização por dano moral fixado a partir da data do arbitramento. Precedentes. - Os juros moratórios, em se tratando de acidente de trabalho, estão sujeitos ao regime da responsabilidade extracontratual, aplicando-se, portanto, a Súmula nº 54 da Corte, contabilizando-os a partir da data do evento danoso. Precedentes. - É possível a apresentação de provas documentais na apelação, desde que não fique configurada a má-fé da parte e seja observado o contraditório. Precedentes. - A sistemática do processo civil é regida pelo princípio da instrumentalidade das formas, devendo ser reputados válidos os atos que cumpram a sua finalidade essencial, sem que acarretem prejuízos aos litigantes. - Impossível admitir-se a redução do valor fixado a título de compensação por danos morais em relação ao nascituro, em comparação com outros filhos do de cujus, já nascidos na ocasião do evento morte, porquanto o fundamento da compensação é a existência de um sofrimento impossível de ser quantificado com precisão. - Embora sejam muitos os fatores a considerar para a fixação da satisfação compensatória por danos morais, é principalmente com base na gravidade da lesão que o juiz fixa o valor da reparação. Recurso especial dos autores parcialmente conhecido e, nesta parte, provido. Recurso especial da ré não conhecido. **RECURSO ESPECIAL Nº 931.556 - RS (2007/0048300-6)**

GABARITO DA BANCA EXAMINADORA:

1- Apresentação e estrutura textual (legibilidade, respeito às margens e indicação de parágrafos). 2- Desenvolvimento do tema. 2.1 Procedimento ordinário / Vara Cível da comarca de Aracaju – SE. 2.2 Legitimidade ativa: ex-esposa e nascituro / Legitimidade passiva: Augusto. 2.3 Causa de pedir próxima e causa de pedir remata. 2.4 Fundamentação legal. 2.5 Pedidos. 2.6 Valor da causa. 2.7 Requerimento de produção de provas e citação do réu.

AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS, MATERIAIS E ESTÉTICOS COM PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA

DPE/MA - 2011 - CESPE

PEÇA PRÁTICA - Cláudia, cabeleireira, com 30 anos de idade, solteira, domiciliada em São Luís – MA, compareceu à defensoria pública para relatar que, em 20/3/2011, fora levada por Pedro, corretor de imóveis, à cidade de Santa Inês – MA, para visitar um terreno posto à venda por Alfa Empreendimentos, e que, tendo chegado à cidade, Pedro colidira o carro que dirigia contra outro veículo, ao passar por cruzamento de via com sinalização semafórica com indicação luminosa de atenção (cor amarela). Como prova do acidente, em decorrência do qual sofrera diversos ferimentos no braço direito, incluindo-se o decepamento imediato do polegar da mão direita, Cláudia apresentou o boletim de ocorrência policial e perícia. Ela relatou, ainda, que, duas horas após o acidente, fora atendida em um hospital particular da referida cidade de Santa Inês, tendo permanecido ali internada durante 30 dias, em razão de complicações decorrentes da cirurgia a que se submetera. Disse, também, ter sofrido muita dor nos primeiros cinco dias de internação, e que, dez dias após a realização da cirurgia, informaram-lhe que, devido a processo infeccioso, poderia perder parte da mão direita, o que a deixara profundamente angustiada, fato que poderia ser comprovado pelas pessoas que a visitaram no hospital. A vítima comprovou que o tratamento médico lhe custara R$ 20 mil e argumentou que a ausência do polegar direito e a perda da mobilidade na mão a impossibilitavam de exercer a profissão de cabeleireira, que lhe proporcionava uma renda mensal de R$ 1.500 — devidamente comprovada pela vítima mediante a apresentação do resumo contábil do salão. A vítima alegou, ainda, que, além de não poder exercer atividade remunerada, ficara com profundas cicatrizes, decorrentes das lesões sofridas no acidente. Ainda de acordo com o relato de Cláudia, Pedro, ao ser procurado por ela em sua residência, alegou que, por ser casado, pai de dois filhos em idade escolar, sem renda fixa, não dispunha de recursos financeiros para ajudá-la e que a interessada na venda do terreno era a proprietária, Alfa Empreendimentos. Considerando os fatos hipotéticos acima narrados, redija, na qualidade de defensor público do estado do Maranhão, a petição inicial cabível para o atendimento dos interesses da vítima.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

EXCELENTÍSSIMO SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA VARA CÍVEL DA COMARCA DE SÃO LUÍS-MA

Cláudia, brasileira, solteira, cabeleira, residente e domiciliada em São Luís, com endereço eletrônico CPF, RG, vem mui respeitosamente à presença de Vossa Excelência, através da Defensoria Pública do Estado do Maranhão, por intermédio do Defensor Público abaixo assinado, com fulcro no art. 5º, XXXV; e 134, todos da CRFB; e arts. 186 e 927 do CC, propor a presente

AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS, MATERIAIS E ESTÉTICOS COM PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA

em face de Pedro, brasileiro, corretor de imóveis, residente e domiciliado à, endereço eletrônico desconhecido, pelos fundamentos fáticos e jurídicos a seguir expostos.

I.DO PEDIDO DE JUSTIÇA GRATUITA E DA OBSERVÂNCIA DAS PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA ESTADUAL.

Inicialmente,, a parte autora declara-se pobre na forma da lei, tendo em vista não ter condições de arcar com as custas e demais despesas processuais sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

Assim, requer os benefícios da gratuidade judiciária (Lei nº 1.060/50), tendo em vista enquadrar-se na situação legal prevista para sua concessão (Lei nº 1.060/50 e artigo 98, caput, e §1º e §5º do NCPC), bem como a observância das prerrogativas processuais do defensor público ao final assinado, sobretudo a intimação pessoal e a concessão de prazos processuais em dobro, tudo em conformidade com o artigo 128 da Lei Complementar nº 80/94.

II. DOS FATOS

Em 20 de março de 2011, a requerente dirigiu-se até a cidade de Santa Inês, na companhia do requerido, o qual lhe forneceu transporte de cortesia, com o intuito de visitar um loteamento posto à venda por Alfa Empreendimentos.

Na ocasião, em conduta de culpa grave, Pedro, que conduzia o veículo, atravessou o sinal amarelo e, em decorrência disso, ocasionou um acidente, que causou ferimentos no braço direito da requerente, que teve o dedo polegar decepado e ficou internada por 30 dias, que lhe renderam gastos no valor de 20 mil reais. Além disso, esteve sob iminente risco de perder parte da mão direita, o que lhe causou profunda dor, angústia e sofrimento.

Ademais, a ausência do polegar direito e a perda da mobilidade na mão a impossibilitaram de exercer a profissão de cabeleireira, que lhe proporcionava uma renda mensal de R$ 1.500,00.

Desse modo, propõe-se a presente demanda, a fim de pleitear a reparação por todos os danos morais, materiais e estéticos ocasionados pelo requerido.

III. DO DIREITO.

III.I. DA PRELIMINAR DE COMPETÊNCIA.

Impende frisar que o juízo de São Luís do Maranhão é absolutamente competente para processar e julgar a presente causa, a despeito de o fato ter ocorrido na comarca de Santa Inês, pois o art. 53, V, do NCPC possibilita que a demanda seja proposta no local de domicílio do autor nas ações de reparação de dano em razão de acidente de veículos, o que é exatamente o caso em testilha.

III. II. DO MÉRITO

a)DA RESPONSABILIDADE PELO TRANSPORTE DE CORTESIA.

Nos termos do art. 186 do CC, que traz a regra geral de responsabilidade civil subjetiva no âmbito do Código de 2002 – embora haja hipóteses de responsabilização objetiva em outros dispositivos do Código - faz-se necessária a existência de três requisitos para fins de caracterização do dever de indenizar: uma conduta dolosa ou culposa; a ocorrência de danos; e um nexo de causalidade entre o ato e os prejuízos decorrentes.

Com efeito, quando se trata de responsabilidade civil por transporte de cortesia, há jurisprudência pacífica, veiculada através da Súmula 145 do STJ, que confirma a possibilidade de responsabilização, mesmo na hipótese de carona. Tal enunciado prevê que o transportador responde pelos danos causados em caso de dolo ou culpa grave.

Na situação sob análise, é patente que estão presentes os requisitos para responsabilização de Pedro que, com sua conduta imprudente de atravessar o logradouro mesmo quando o semáforo estava amarelo, a qual configura culpa grave, gerou lesões irreversíveis em Ana, de cunho moral, material e estético.

Portanto, por tais razões, resta evidente o dever de Pedro de indenizar a promovente pelos prejuízos ocasionados.

b)DA INDENIZAÇÃO PELOS DANOS MATERIAIS.

Em verdade, com fulcro nos artigos 186, 404 e 927 do CC, aquele que causa prejuízo a outrem, ao cometer um ato ilícito, responde por perdas e danos, que abrangem os danos emergentes e os lucros cessantes.

Desse modo, segundo o art. 944 do CC, a indenização deve ser comensurada de acordo com a extensão do ano. Ademais, conforme apregoa o art. 949 do CC, no caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido. Ainda, se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu, nos termos do art. 950 do CC.

Portanto, faz-se indiscutível, conforme os documentos ora acostados, como laudos médicos, prontuários, boletins de ocorrência, além da prova testemunhal a ser produzida, que o promovido causou prejuízos à promovente, que teve de arcar com um tratamento médico no valor de 20 mil reais, ficando impossibilitada por 30 dias internada, sem possibilidade de auferir renda.

Ademais, requer-se, além do ressarcimento por todas as despesas médicas, que seja fixada pensão mensal em favor da autora, no valor de R$ 1.500,00, renda auferida antes do evento danoso, a qual ficou inapta a exercer a profissão de cabeleireira, em razão do acidente, com a constituição de capital que assegure o pagamento do valor mensal da pensão, com supedâneo no artigo 533 do NCPC .

Pugna-se, ainda, que a indenização por danos morais seja acrescida por correção monetária desde a data do evento danoso, com fulcro no art. 406 do CC e na súmula 54 do STJ.

c)DA INDENIZAÇÃO PELOS DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO.

Sob a égide da constitucionalização do Direito Privado e repersonalização do Direito Civil, em contraposição à lógica patrimonialista do Código Civil anterior, ganhou relevância a proteção dos direitos da personalidade. O artigo 12 do CC reza que o lesado pode reclamar perdas e danos em face daquele que causar prejuízo a seus direitos da personalidade. Nesse viés, entende-se o dano moral como a reparação a direito de personalidade.

No caso em relevo, o acidente ocasionado pelo requerido provocou a decepamento de um dedo da autora, bem como o risco da perda de parte da mão direita, o que lhe causou profunda dor, sofrimento e angústia, atingindo a sua honra e sua dignidade enquanto pessoa humana, nos termos do art. 1º, III, da CRFB, lesões estas que não se confundem com um mero aborrecimento ou dissabor cotidiano, dada a sua gravidade. Desta forma, faz-se caracterizado o dever de compensação pelos danos morais causados, com condenação do réu em 300 salários mínimos, pugnando-se, desde já, pela incidência de correção monetária, desde a data de seu arbitramento, consoante a súmula 362 do STJ.

Ademais, não bastasse a ocorrência de danos morais, requer-se também a condenação do requerido pelos danos estéticos em 300 salários mínimos, pois o acidente acarretou em um aleijão irreversível à autora, qual seja, a perda de um dedo, deformidade esta que afeta sua autoestima. A jurisprudência admite a responsabilização por dano estético e ainda permite sua cumulação com os danos morais (súmula 387 do STJ).

IV. DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA

O artigo 300 do NCPC estabelece que a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

No caso concreto, a probabilidade do direito está demonstrada pelos laudos médicos, prontuários e boletim de ocorrência que evidenciam a existência do acidente de trânsito provocado por imprudência do requerido, bem como seu nexo de causalidade com a série de lesões de natureza moral, material e estética sofridas pela requerente.

Ademais, o perigo de dano reside no fato comprovado de que a requerente exercia a função de cabeleireira, estando totalmente impossibilidade de prover seu sustento em razão da deficiência que a acometeu por causa do acidente, não podendo esperar até o fim deste pleito para ver atendido o seu direito ao recebimento de alimentos indenizatórios, com a constituição de capital, nos termos do art. 950 do CC e 533 do NCPC.

Assim, requer a concessão de tutela provisória de urgência de natureza antecipada em caráter liminar (inaudita altera pars) no sentido de condenar o réu, desde já, a prestar pensão mensal à autora no valor de R$ 1.500, renda que auferia antes do acidente.

V. DO PEDIDO:

Ante o exposto, requer-se:

a) *a concessão dos benefícios da justiça gratuita (Lei nº 1.060/50 e artigo 98, caput e §§1º e §5º do NCPC) e a observância das prerrogativas processuais da Defensoria Pública Estadual (art. 128 da LC nº 80/94);*

b) *a concessão de tutela provisória de urgência de natureza antecipada em caráter liminar (inaudita altera pars) no sentido de condenar o réu, desde já, a prestar pensão mensal à autora, no valor de R$ 1.500,00, renda que auferia antes do acidente. (art. 950 do CC e 300 e 533 do NCPC);*

c) *a citação do réu para comparecimento à audiência de conciliação ou mediação (art. 319, VII, do CPC/15), devendo a autora ser intimada pessoalmente da data de realização, em*

virtude de não se encontrar assistido por advogado particular, mas sim por Defensor Público Estadual (art. 334 §3º c/c art. 186, §2º, do CPC/15);

d) *a procedência do pedido para condenação do réu por danos materiais, abrangendo as despesas com tratamento médico, no valor de R$ 20.000, e a pensão mensal de R$ 1.500,00, acrescidos de juros a partir do evento danoso, com base no art. 406 do CC, e correção monetária; em danos estéticos no valor correspondente a 300 salários mínimos; e danos morais no valor correspondente a de 300 salários mínimos, corrigido a partir do arbitramento;*

e) *a constituição de capital em renda (art. 533 do CPC);*

f) *a condenação do réu em custas e honorários advocatícios em favor do Fundo de Aparelhamento da DPE-MA (art. 4º,. XXI, da LC nº 80/94).*

Protesta provar o alegado por todas as provas admitidas em direito.

Dá-se o valor da causa de .

Nesses termos, pede deferimento.

São Luís-MA, Data.

Defensor Público

ROL DE TESTEMUNHAS:

GABARITO DA BANCA EXAMINADORA:

- Gabarito: 1- Apresentação e estrutura textual (legibilidade, respeito às margens e indicação de parágrafos) - 2 Desenvolvimento do tema - 2.1 Inicial: Vara Cível de São Luís - MA (CPC, art. 100, V, parágrafo único) / Réu: motorista / Qualificação / Procedimento sumário (CPC, art. 275, II, "d") - 2.2 Transporte aparentemente de cortesia / Existência do dever de indenizar - 2.3 Dano moral / Dano estético / Dano material: gasto médico mais o que a vitima deixou de ganhar (CC, art. 402). 2.4 Pensão pela inabilitação - 2.5 Pedido tutela antecipada (CPC, art. 273, I) - 2.6 Pedidos: justiça gratuita (Lei 1.060/1950, art. 4.º); citação do réu (CPC, art. 282, VII); procedência do pedido para condenação do réu por danos materiais (com os valores, incluída a pensão mensal de R$ 1.500), acrescidos de juros a partir do evento danoso, com base no art. 406 do CC, e correção monetária; em danos estéticos no valor correspondente a menos de 300 salários mínimos; e danos morais no valor correspondente a menos de 300 salários mínimos, corrigido a partir do arbitramento; condenação em custas e honorários advocatícios; constituição de capital em renda (CPC, art. 475-Q) 2.7 Apresentação do rol de testemunhas (CPC, art. 276) / Atribuição de valor à causa (CPC, art. 282, V).

CONTESTAÇÃO

DPE/AL - 2009 - CESPE

Laura e Mauro, ambos médicos com 35 anos de idade, ha cinco anos se encontravam regularmente em uma casa construída com a contribuição de ambos. Laura teria contribuído com o dinheiro para a construção da casa; Mauro cedeu o terreno que havia herdado de seu pai, falecido ha dois anos; e juntos escolheram os mobiliários. Durante todo o relacionamento, os encontros ocorreram sem o conhecimento dos parentes e dos amigos dos pais, uma vez que Laura era noiva de Tiago. Ocorre que, faltando um dia para o seu casamento, Tiago soube do ocorrido por meio de um e-mail enviado por Mauro. Laura,

vendo seu casamento ser frustrado, encerrou também sua relação com Mauro e ajuizou contra este ação sob o rito comum ordinário, distribuída para a 20ª Vara de Família de Maceió - AL, na qual pretende ver declarada a existência de união estável entre os dois pelo período de cinco anos em que se relacionaram e também a partilha em meio a meio do imóvel no qual se encontravam e dos bens moveis que o guarnecem (cama, colchão, guarda-roupas, mesa de jantar com cadeiras, fogão, geladeira, tv e sofá). Por fim, alega que o término conturbado de seus relacionamentos causou-lhe profunda depressão, fato que a impede de trabalhar e que justifica o pedido de pensão em valor não inferior a dois salários mínimos mensais e pelo período mínimo de um ano. Juntou na inicial procuração, guia de recolhimento das custas e cópia de dois contracheques de Mauro, que comprovam ser este médico contratado pelo estado. A citação de Mauro ocorreu no dia 17 de maio, sexta-feira. Mauro forneceu a seu advogado: procuração; declaração de que não consegue arcar com as custas do processo sem sacrifício de seu sustento; contracheque emitido pela secretaria de saúde do estado, comprovando ser de R$ 1.500,00 sua remuneração; cópia do formal de partilha extraído do inventario de seu pai, no qual consta o terreno com a herança recebida; cópia dos boletos de pagamento de alguns bens moveis (cama, colchão, guarda-roupas, mesa de jantar com cadeiras, fogão, geladeira, tv e sofá); e comprovante do saque mês a mês de quantia suficiente ao pagamento das prestações dos boletos. Com base na situação hipotética apresentada ação, na qualidade de defensor público designado para o caso, elabore a peça processual que entenda adequada, devidamente fundamentada, na qual sejam abordados todos os temas jurídicos necessários de interesses de Mauro, atentando ao principio da eventualidade e da tempestividade.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) DOUTOR(A) JUIZ(A) DE DIREITO DA 20ª VARA DE FAMÍLIA DE MACEIÓ – AL.

Processo nº

Mauro, brasileiro, solteiro, médico, portador da carteira de identidade n.º e do CPF n.º, residente e domiciliado no endereço, juridicamente assistido pela Defensoria Pública do Estado de Alagoas, vem à presença de Vossa Excelência, por intermédio do Defensor Público signatário, com fulcro nos art. 335 e ss. do CPC, oferecer **CONTESTAÇÃO** *nos autos da* **AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL CUMULADA COM PEDIDO CONDENATÓRIO AO PAGAMENTO DE PENSÃO***, que lhe move Laura, pelos fundamentos de fato e de direito a seguir expostos.*

DO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA:

Inicialmente, vem o demandado requerer os benefícios da justiça gratuita, por ser pobre na forma da Lei, não podendo arcar com eventuais despesas do processo sem prejuízo do sustento de suas atividades associativas básicas, com esteio na Lei nº 1.060/50 e no art. 98 do CPC.

DA INTIMAÇÃO PESSOAL E DA DISPENSA DE MANDATO

Vale lembrar que os membros da Defensoria Pública dos Estados são dispensados de apresentar instrumento de mandato, salvo nos casos em que a lei exija poderes especiais, conforme o art. 128, XI, da LC nº 80/94. Por sua vez, o inciso I desse mesmo artigo preceitua que a intimação do Defensor Público será pessoal, prerrogativa a também ser utilizada no presente caso.

DA TEMPESTIVIDADE

Segundo disposto no art. 128, I, da LC nº 80/94, a Defensoria Pública possui a prerrogativa de ter todos os seus prazos contados em dobro. Deve-se, assim, ressaltar a tempestividade desta contestação, visto que a citação deu-se em 17 de maio de 2016, sendo excluído o dia do começo e incluído o dia do vencimento, nos termos do art. 335 do CPC. Ademais, seguindo o disposto no art. 128, I, da LC nº 80/94 e art. 5º da Lei Complementar Estadual nº 156/2003, a Defensoria Pública possui a prerrogativa de ter todos os seus prazos contados em dobro, gerando a data final de 30 de junho.

DA INCOMPETÊNCIA DA VARA DE FAMÍLIA

O deslinde do presente feito, ao envolver partilha de bens de sociedade de fato, trata de relação puramente obrigacional, não cabendo à Vara de Família julgar a matéria. Desta feita, verifica-se que a demanda deveria ter sido proposta na Vara Cível, estando configurada incompetência absoluta em razão da matéria, impondo-se a remessa dos autos ao juízo competente.

SÍNTESE DOS FATOS ALEGADOS NA INICIAL

- Breve resumo dos fatos narrados no enunciado.

MÉRITO DA CAUSA

Com relação ao pedido de reconhecimento de união estável aduzido pela parte autora, verifica-se, como será demonstrado adiante, que a relação mantida não reuniu os elementos necessários para que seja reconhecida como tal, consoante entendimento dos tribunais superiores.

Deveras, nos termos do art. 1.723 do Código Civil, é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. Como se vê, no caso em tela não há o cumprimento do requisito da publicidade no relacionamento, uma vez que os encontros ocorriam sem o conhecimento dos parentes e dos amigos dos pais.

Ademais, saliente-se que a parte autora encontrava-se noiva de um terceiro, fato que impede o reconhecimento do vínculo de união estável com o requerido. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça posiciona-se pacificamente pelo não reconhecimento de uniões estáveis simultâneas, pois a caracterização pressupõe a inexistência de relacionamento de fato duradouro, concorrentemente àquele ao qual se pretende proteção jurídica. Dessa forma, o noivado e, consequentemente, a iminência de casamento com Tiago afastam o reconhecimento da união estável pleiteada com relação ao requerido.

No que tange à pretensão autoral de partilha equânime do imóvel no qual se encontrava o "casal" e dos bens móveis que o guarnecem, melhor sorte não assiste à promovente. Isso porque, ante a impossibilidade de reconhecimento do vínculo de união estável, resta inaplicável a disposição contida no art. 5º da Lei n. 9.278/96, segundo o qual os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito. Outrossim, incabível a invocação do art. 1.725 do Código Civil, que determina a adoção do regime de comunhão parcial de bens na união estável, salvo disposição em contrário por escrito entre os companheiros.

Desta feita, ausentes os elementos caracterizadores da união estável, impõe-se a restituição ao status quo ante, cabendo a cada uma das partes o valor que efetivamente tenha despendido em prol do casal. No caso em análise, a documentação acostada aos autos, especialmente a cópia dos boletos de pagamento de bens móveis (cama, colchão, guarda-roupas, mesa de jantar com cadeiras, fogão, geladeira, tv e sofá) e o comprovante do saque mês a mês de quantia suficiente ao pagamento das prestações dos boletos demonstram cabalmente que tais bens foram adquiridos onerosamente pela parte requerida, de forma que, em última análise, a este pertencem.

Com relação ao imóvel, constata-se que este fora erguido mediante esforço comum, o que confere quotas equivalentes para cada um. No entanto, verifica-se que o terreno sobre o qual a casa fora construída é proveniente de herança do genitor do requerido, conforme faz prova a cópia do formal de partilha extraído do inventario do falecido. Assim, a divisão do imóvel em quotas ideais equânimes com a preservação da propriedade do terreno em nome do requerido se mostra a solução mais consentânea com o ordenamento jurídico, de maneira que não resta configurado o enriquecimento sem causa de qualquer das partes.

Requer-se, no entanto, caso V. Exa. entenda pela configuração do vínculo de união estável ao caso em tela, a aplicação do regime de comunhão parcial, nos termos do art. 1.725 do Código Civil, de maneira que os bens adquiridos de forma onerosa sejam revertidos em favor do casal e sejam partilhados de forma equânime, comungando com o disposto na Súmula 380 do STF. Frise-se, contudo, que deve ser resguardado o terreno proveniente de doação à parte requerida, tendo em vista que o referido bem está expressamente excluído da comunhão, nos termos do art. 1.659, I, do Código Civil.

Com relação ao pleito de pagamento de pensão, verifica-se que, superado o reconhecimento do vínculo de união estável, não se mostra amparada legalmente a pretensão autoral. Com efeito, o art. 1º da Lei n. 8.971/94 preconiza que a companheira comprovada de um homem solteiro que com ele viva há mais de cinco anos poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478/68 (que regula a prestação de alimentos), enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade. No caso em tela, além de não estar configurada a existência de união estável, a parte autora não logra êxito no intento de comprovar a necessidade econômica, tendo em vista a carência de provas acostadas à inicial.

No entanto, a título de argumentação, caso Vossa Excelência entenda devido o pagamento da pensão requerida, pugna-se pelo indeferimento do valor pleiteado, qual seja, dois salários-mínimos. Isso porque, conforme contra-cheques acostados aos autos, a remunera-

ção mensal do autor gira em torno de R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), de maneira que o valor da pensão comprometeria o sustento próprio do requerido.

Deve-se adotar, como assevera a doutrina e a jurisprudência, índices proporcionais e razoáveis, o que não acontece no presente caso. Tem-se, ainda, que, de acordo com a jurisprudência do STJ, como regra geral, a pensão alimentícia fixada entre cônjuges é de modo transitório, apenas por determinado período de tempo para que o outro possa reingressar no mercado. No presente caso, não visualizamos motivo excepcional pelo qual se imporia a fixação em período permanente, devendo, então, subsidiariamente, ser fixada pelo prazo de 6(seis) meses.

Dessa forma, requer-se subsidiariamente a redução do valor de pensão pleiteado pela parte autora e a fixação em prazo transitório.

DOS PEDIDOS

Isto posto, requer:

a)A concessão do benefício da justiça gratuita, nos termos do art. 98 do CPC.

b)O acolhimento da preliminar de incompetência absoluta, com a remessa dos autos ao juízo competente, nos termos do art. 64, §3º, do CPC.

c)O julgamento de total improcedência do pleito autoral, ante a não configuração da união estável e a inexigibilidade da pensão requerida;

d)Subsidiariamente, a partilha equânime dos bens adquiridos de forma onerosa pelo casal, resguardando o terreno do imóvel ao requerido e a redução do valor de pensão eventualmente deferida para patamares de proporcionalidade/razoabilidade.

Nestes termos, pede deferimento.

Local, data.

Defensor Público Estadual

Matrícula

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. NÃO CONFIGURAÇÃO. UNIÕES ESTÁVEIS SIMULTÂNEAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 83/STJ. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não admite o reconhecimento de uniões estáveis simultâneas, pois a caracterização da união estável pressupõe a inexistência de relacionamento de fato duradouro, concorrentemente àquele ao qual se pretende proteção jurídica. Precedentes. 2. Inviável o recurso especial se o acórdão recorrido se alinha com o posicionamento sedimentado na jurisprudência do STJ, a teor do que dispõe a Súmula 83 desta Corte Superior. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgRg no AREsp 395983 MS, Rel. Min. MARIA ISABEL GALLOTTI, Quarta Turma, julgado em 23/10/2014, DJe 07/11/2014)

DPE/ES - 2012 - CESPE

PEÇA PROCESSUAL CIVIL – Joaquim, maior, pedreiro, procurou a defensoria pública, solicitando sua defesa em ação de cobrança de cotas condominiais movida pelo Condomínio Morada Feliz. Na secretaria do órgão, pediu urgência no atendimento, alegando que recebera, naquela mesma data, havia poucos momentos, citação e intimação para audiência que se realizaria no dia seguinte, o que o preocupava bastante. Informou que, por ser pessoa humilde, de parcos recursos financeiros, não tinha condições de constituir advogado particular. Tendo o servidor da instituição solicitado o respectivo comprovante de renda, Joaquim esclareceu que era trabalhador autônomo, que realizava trabalhos eventuais, sem assinar qualquer contrato ou recibo. Alegou, quanto às cotas condominiais, que possuía comprovantes de algumas parcelas que pagara quando suas condições financeiras estavam melhores, no valor de R$ 1.800,00. Indignado, disse que estava sendo "perseguido", que já conversara com o síndico por diversas vezes, mostrando-lhe os referidos recibos, e que este não abatera os valores da dívida, tendo-lhe respondido que "lhe tiraria até o último centavo, porque era o que ele merecia, e que faria de tudo para expulsá-lo do condomínio". Joaquim informou também que tais fatos foram presenciados por João Silva Ribeiro, um dos moradores do condomínio. Afirmou, ainda, que estava sendo demandado por dois lotes (1A E 1B), mas que, apesar de tê-los adquirido regularmente de terceiros, quitados, sem qualquer vício, apenas o lote 1A era seu, haja vista que já vendera o lote 1B para pagar outras dívidas. O defensor público, ao ler a cópia da petição inicial, verificou que o autor reconhecera a aludida venda que tinha conhecimento da alienação do imóvel, mas que, por não conseguir entrar em contato com o novo proprietário, pretendia receber seu crédito do requerido, que era o antigo proprietário, tendo a dívida aumentado em razão de sua inadimplência. Percebeu, também, que o condomínio autor formulara, cumulativamente, pedido de anulação do contrato de compra e venda pelo qual o requerido adquirira o lote 1A, ao fundamento de que a unidade estaria em mora com o condomínio. Percebeu, ainda, que o autor deixou de anexar à petição inicial documentos demonstrando a constituição do condomínio, a eleição do síndico e a fixação de taxa extra, multa e juros de mora, todos também cobrados no processo. Na mencionada audiência, Joaquim, acompanhado do defensor público, que já estava a par de toda a situação e circunstâncias, se negou a fazer acordo, reforçando que não tinha condições de arcar com os valores. Restando infrutífera a conciliação entre as partes, os autos foram encaminhados à Defensoria Pública para a contestação. Com base na situação hipotética acima apresentada, elabore, na condição de defensor público, a contestação do requerido, Joaquim. Ao desenvolver a peça, aborde toda a matéria de direito material e processual pertinente ao caso, fundamente suas explanações, dispense o relatório e não crie fatos novos. (QUESTÃO MODIFICADA EM RAZÃO DA EDIÇÃO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL)

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

AO JUÍZO DE DIREITO DA VARA CÍVEL DA COMARCA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESPÍRITO SANTO

Processo nº

JOAQUIM, já devidamente qualificado nos autos do processo em epígrafe, AÇÃO DE COBRANÇA, que lhe move o CONDOMÍNIO MORADA FELIZ, vem, à presença de Vossa Exce-

lência, através da Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo, apresentar a sua **CONTESTAÇÃO** *aos fatos apresentados pela parte autora, expondo e requerendo o que se segue:*

I – DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA

Primeiramente, requerer à Vossa Excelência a concessão da GRATUIDADE INTEGRAL DE JUSTIÇA, de acordo com o art. 98 do CPC, visto que não tem condições financeiras de arcar com as custas judiciais e honorários advocatícios, sem prejuízo próprio ou de sua família, indicando para patrocinar a causa a Defensoria Pública em exercício junto a este Juízo.

Desde logo, importante esclarecer que o autor é pessoa humilde, de parcos recursos financeiros, e que trabalha como autônomo, realizando trabalhos eventuais, sem assinar qualquer contrato ou recibo. Assim, se coloca à disposição do juízo para comprovar por todos os meios de prova possíveis a sua precária situação financeira, nos termos do art. 99 do CPC.

II – DAS ALEGAÇÕES AUTORAIS

Trata-se de ação de cobrança de cotas condominiais referentes aos lotes 1A e 1B do Condomínio Morada Feliz. Aduz a parte autora, em suma, que o Réu não vem efetuando o pagamento das cotas condominiais ordinárias e extraordinárias. Além disso, requereu a anulação do contrato de compra e venda do Lote 1A, sob a alegação de que este negócio jurídico seria inválido, uma vez que a alienação não poderia ter sido realizada em razão das dívidas existentes com o condomínio.

III – DA REALIDADE DOS FATOS

Data venia, não merecem acolhimento os pedidos exordiais. Na verdade, o réu está indignado com a cobrança em tela e se sente perseguido pelo síndico do Condomínio-autor. De fato, em primeiro lugar, necessário esclarecer que o réu não deve a totalidade da dívida ora cobrada. Isso porque, conforme se vislumbra dos comprovantes ora anexados, o réu pagou algumas parcelas das cotas condominiais cobradas, quando suas condições financeiras estavam melhores, no valor de R$1.800,00.

Antes do ajuizamento da demanda, o réu já havia conversado com o síndico por diversas vezes mostrando-lhe os referidos recibos e aduzindo que este não abatera os valores da dívida. Em resposta, o síndico lhe disse que "tiraria até o último centavo, porque era o que ele merecia, e que faria de tudo para expulsá-lo do condomínio". Tais fatos, inclusive, foram presenciados por João Silva Ribeiro, um dos moradores do condomínio. Portanto, o excesso apontado é indevidamente cobrado de forma dolosa.

Por outro lado, como já dito, o réu está sendo demandado por um débito referente a dois lotes (1A e 1B). Ocorre, no entanto, que apesar de tê-los adquirido regularmente de terceiros, quitados, sem qualquer vício, apenas o lote 1A ainda era seu, haja vista que já vendera o lote 1B para pagar outras dívidas. Este fato é de pleno conhecimento do autor, como se depreende da leitura da petição inicial. Mesmo assim, o autor preferiu cobrar ilicitamente a mencionada dívida do réu, sob a alegação injurídica de que não teria conseguido entrar em contato com o novo proprietário.

É extreme de dúvidas que a real dívida pertencente ao réu foi causada pela insistência do autor em cobrar valores indevidos. Como se não fosse o bastante, o Condomínio-Autor

ainda formula na exordial pedido de anulação do contrato de compra e venda pelo qual o réu adquirira o lote 1º, ao fundamento de que havia mora em relação ao condomínio, o que impediria a celebração do negócio jurídico.

Por fim, importante destacar que a petição inicial não foi instruída com documentos indispensáveis à propositura da demanda para comprovar a constituição do condomínio, a eleição do síndico e a fixação da taxa extra, multa e juros de mora, todos também cobrados no processo.

IV – DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. DA PRELIMINAR: NULIDADE DA INTIMAÇÃO PARA A AUDIÊNCIA

Na forma do art. 334 do CPC, o juiz deverá observar o prazo mínimo de 20 dias da citação até a audiência. Caso não observe o prazo, incorrerá em cerceamento de defesa, devendo, portanto, os atos processuais praticados nesta condição serem considerados nulos.

No caso em tela, o Réu somente recebeu o mandado de citação e intimação para audiência de autocomposição na véspera da data designada para sua realização. Ele não teve tempo hábil para apresentar o conjunto probatório-fático de forma a permitir uma efetiva e ampla orientação jurídica. De modo que a referida audiência deve ser declarada nula.

2. DA PRELIMINAR: INEXISTÊNCIA DO PRESSUPOSTO PROCESSUAL SUBJETIVO DE REGULARIDADE DA REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL

Da análise da documentação acostada aos autos, verifica-se que o autor não apresentou documentos indispensáveis à propositura da demanda (art. 320 do CPC), que pudessem comprovar a constituição do condomínio e a eleição do síndico.

A forma adequada de comprovação da constituição do condomínio é a juntada aos autos da sua convenção de condomínio (art. 9º da Lei nº 4.591/1964 – Lei de Condomínios). Sem tal documento, a própria capacidade processual fica desprovida de lastro (art. 70 do CPC).

Note-se, igualmente, que, na forma do art. 75, XI, do CPC, o condomínio será representado pelo síndico ou administrador. Assim, a prova de que quem assinou o mandato outorgado ao advogado foi o síndico é a ata da assembleia que o elegeu, devendo constar da mesma a assinaturas dos condôminos participantes da reunião, a indicação dos mesmos ou a lista de presença. Sem tais documentos não há como se verificar se aquele que firmou o instrumento procuratório tem legitimidade para representar o condomínio em juízo, já que impossível se constatar se esta foi a vontade dos condôminos.

Assim, uma vez estabilizada a demanda e apresentada a defesa (art. 329 do CPC), inevitável o encerramento do procedimento, sem resolução do mérito, por falta de pressuposto processual subjetivo de regularidade da representação processual (art. 485, IV, do CPC).

3. DA PRELIMINAR: ILEGITIMIDADE PASSIVA

Por outro lado, na medida em que o próprio autor reconhece na petição inicial que o réu vendeu o Lote 1B, tem-se como patente a ilegitimidade passiva ad causam para a cobrança dos débitos relativos a esse imóvel (art. 485, VI, do CPC).

Nesse passo, necessário frisar que o fato do Condomínio-Autor não ter conseguido localizar o atual proprietário, mesmo se verdadeiro, não legitima a cobrança do antigo proprietário que para ela não deu causa. Trata-se de dívida proter rem (art. 1.315 do CC), que, em face de terceiros, desvincula-se da pessoa que aliena o imóvel e passa para o seu novo titular.

4. DA PRELIMINAR: INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL (INCOMPATIBILIDADE LÓGICA)

Muito embora o pedido de anulação do contrato de compra e venda pelo qual o réu adquiriu o Lote 1A seja juridicamente inviável, conforme será visto mais a frente, tem-se que, em sede liminar, ela se apresenta como uma incompatibilidade lógica com o pedido de cobrança de contas condominiais (art. 330, § 1º, IV, do CPC).

Como já sublinhado, a dívida de condomínio é uma dívida proter rem, que se vincula ao titular do direito real de propriedade quando este adquire a coisa. Assim, se o pedido de anulação da compra do imóvel pelo réu pudesse ser acolhido, o resultado tornaria o réu irresponsável pelo pagamento dos débitos condominiais do mesmo imóvel. Os pedidos, portanto, são incompatíveis entre si e devem ser fulminados sem resolução do mérito (art. 485, I, do CPC).

S. DA PRELIMINAR: FALTA DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO

Por fim, mesmo que o pedido de anulação do contrato de compra e venda referente ao Lote 1A não fosse incompatível com os demais pedidos, teríamos que ele padece de vício grave, qual seja, a falta de inclusão de litisconsórcio necessário (art. 114 do CPC). Nesse sentido, é sabido que a pretensão de anulação de um contrato somente pode ser validamente formulada quando presentes na demanda todos os integrantes do negócio jurídico. Isso porque a anulação tem que produzir efeitos para todos aqueles que celebraram o contrato que se visa anular.

Destarte, não tendo sido promovida à integração do comprador do imóvel à relação jurídica processual, inevitável reconhecer a inviabilidade do pedido anulatório, devendo o mesmo ser encerrado, sem resolução do mérito (art. 485, VI, do CPC).

6. DO MÉRITO: IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE COBRANÇA

No que tange ao mérito, melhor sorte não assiste ao autor. Consoante já descrito, o autor não colacionou aos autos os documentos constitutivos que legitimam a cobrança dos valores ora postulados. Tais documentos, relativos à demonstração dos valores fixados como cotas ordinárias e extraordinárias, são imprescindíveis não apenas para a demonstração do direito do autor (art. 373, I, do CPC), mas também para o pleno exercício do contraditório por parte do réu.

Assim, impõe-se a improcedência da totalidade das cobranças ventiladas (art. 487, I, do CPC).

7. DO MÉRITO: EXCESSO DE COBRANÇA

Caso ultrapassadas as questões suscitadas, necessário infirmar que as pretensões autorais devem ser parcialmente refutadas.

Com efeito, embora tenha atrasado o pagamento de algumas das parcelas condominiais ora cobradas, exclusivamente em relação ao Lote 1A, o fato se deu em razão da postura ilícita do autor, que incluiu valores indevidos na cobrança.

De um lado, é preciso descontar da cobrança os valores relativos às cotas condominiais, cujos comprovantes encontram-se em anexo, na ordem de R$1.800,00. Além disso, é preciso afastar a cobrança em relação aos valores oriundos do Lote 1B, que não mais pertence ao réu e que foi vendido sem qualquer vício ou dívida. Ambos devem ser rejeitados (art. 487, I, do CPC).

Admitir tais cobranças seria premiar a má-fé do síndico e promover em favor do Condomínio um enriquecimento sem causa, circunstância vedada pelo ordenamento pátrio (art. 884 do CC). Cumpre destacar, ainda, que, caso seja deferida a gratuidade de Justiça ora postulada, necessário que se subtraia dos valores cobrados os índices relativos a custas, taxas e honorários advocatícios.

8. DO MÉRITO: IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE ANULAÇÃO DA COMPRA

De acordo com a petição inicial, pretende o autor ver declarada a nulidade do negócio jurídico pelo qual o réu adquiriu o Lote 1A, porque o negócio não poderia ter sido celebrado, uma vez que o imóvel estava com dívidas condominiais. Trata-se, a toda evidência, de uma visão equivocada e dissociada da realidade jurídica em vigor.

Conforme dispunha a Lei nº 4.597/1964 em seu artigo 4º, a venda de um imóvel com dívidas de condomínio só podia ser concretizada mediante a apresentação da prova da quitação de eventuais dívidas do vendedor para com o condomínio.

Ocorre que a legislação em vigor afastou essa exigência. O art. 1.345 do Código Civil deixa claro que as taxas do imóvel são de responsabilidade de quem detém sua propriedade (obrigação propter rem). Portanto, o adquirente de um imóvel com dívidas de condomínio não pode mais alegar não ter a obrigação de pagar os débitos anteriores a compra do imóvel porque com a legislação atual evidencia-se que a obrigação segue o imóvel, e não o seu proprietário.

9. DO MÉRITO: RECONVENÇÃO – COBRANÇA DE DÍVIDA JÁ PAGA – MÁ-FÉ EVIDENTE – DEVOLUÇÃO EM DOBRO

Como restará demonstrado, não apenas pela prova documental ora juntada, mas também pelo depoimento da testemunha João Silva Ribeiro, um dos moradores do condomínio, o autor cobrou valores que sabia já estarem pagos. Essa conduta legitima o pedido de devolução em dobro do valor indevidamente cobrado, uma vez que caracterizada a má-fé do autor.

Por essas razões, plenamente aplicável à hipótese a sanção prevista no art. 940 do Código Civil, que reproduz a regra estabelecida no art. 1.531 do Código Civil revogado.

V – DOS PEDIDOS

Pelo exposto, requer:

1.a concessão da gratuidade integral de justiça, nos termos do art. 98 do CPC;

2.a intimação do autor para se manifestar aos termos da presente defesa (art. 351 do CPC) e do pedido reconvencional no prazo de 15 dias, sob pena de revelia (art. 343 do CPC)

3.a citação do Síndico para responder ao pedidos no prazo de 15 dias, sob pena de revelia (art. 343 do CPC);

4.o encerramento do procedimento, sem resolução do mérito, em razão das questões preliminares apontadas (art. 485 do CPC);

5.o inacolhimento total dos pedidos de cobrança autoral ou, subsidiariamente, o inacolhimento parcial desses mesmos pedidos, no que tange às parcelas indevidamente cobradas (art. 487 do CPC);

6.o acolhimento do pedido reconvencional, para condenar a parte autora à devolução dos valores pagos em dobro, nos termos do art. 940 do CC;

7.a condenação da parte autora por litigância de má-fé (art. 77 do CPC);

8.a condenação da parte autora nas custas processuais e honorários advocatícios, estes últimos a serem revertidos ao CEJUR/DPGE;

9.a produção de prova documental suplementar, testemunhal, depoimento pessoal do representante legal da parte autora e pericial contábil.

Nestes Termos,

Pede Deferimento.

Loca, Data.

Defensor Público do Estado do Espírito Santo

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

CÂMARA, Alexandre Freitas. O Novo Direito Processual Civil Brasileiro. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2016.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Condomínio e Incorporações. 7ª ed., São Paulo: Forense, 1988.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil - Direitos Reais. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2004.

GABARITO DA BANCA EXAMINADORA:

- Gabarito: 1. Preliminares: nulidade da intimação, ilegitimidade passiva, inépcia da petição inicial, inexistência do pressuposto processual subjetivo de regularidade da representação processual. 2. Mérito: abatimento das parcelas pagas, improcedência do pedido de condenação pela taxa extra e multa. 3. Pedidos: gratuidade de justiça, pedido contraposto de condenação no dobro do valor pago, conforme art. 940 do CC, produção de prova documental e testemunhal, condenação em custas processuais e honorários advocatícios.

MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO DE CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR

DPE/RO - 2012 - CESPE

PEÇA PROCESSUAL - Mauro foi aprovado na prova objetiva de concurso público para admissão em carreira de nível superior do Instituto Nacional X, uma instituição Federal, que lhe deu o direito de participar da segunda fase do concurso. Em 6.5.2012, foi publicado o resultado provisório da segunda fase do certame, oportunidade em que autor verificou que a nota da obtida era insuficiente para garantir sua participação na terceira fase do concurso. A banca examinadora, formada por servidores de carreira e presidida pelo diretor geral do Instituto X, considerou erro o emprego de inicial maiúscula na grafia dos vocabulários "Samba", "Choro e "Bossa Nova'", o que implicou o desconto de três pontos na nota final da prova do candidato na segunda fase no concurso. Mauro, então, interpôs recurso administrativo contra a decisão da banca, com fundamento no parágrafo 6.4 do artigo 49 do Formulário Ortográfico da Língua Portuguesa (capitulo XVI - Emprego das Iniciais Maiúsculas), alterado pela Lei n.0 5.765/1971, citado pelo Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa (paginas XIII e XIV), no qual se lê: "emprega-se letra inicial maiúscula: nos nomes que designam artes, ciências ou disciplinas, bem como nos que sintetizam, em sentido elevado, as manifestações do engenho e do saber". Em sua argumentação, Mauro assim se pronunciou: "Tendo por base a prescrição da gramática, feita referencia, na redação, ao Samba, ao Choro e a Bossa Nova como nomes que designam, em sentido elevado, manifestações do engenho e do saber. Mais do que simples variações melódicas ou escolas musicais secundarias (ex: um sambinha), a Samba, o Choro e a Bossa Nova representam manifestações elevadíssimas do engenho e do saber do povo brasileiro. Com o intuito de enfatizar tal importância, optou-se pela utilização do grafema inicial maiúsculo na consoante o padrão culto previsto no Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa. Registre-se, por oportuno, que é extensa a lista de exemplos de utilização oficial, em documentos do governo federal, da inicial maiúscula em Samba, Choro e Bossa Nova. O Departamento Cultural do Instituto Nacional X fornece, adernais, valiosos exemplos de utilização, em documentos oficiais, do grafema maiúsculo nas palavras Samba, Choro e Bossa Nova. No sitio do próprio instituto, na Internet, lê-se: "O Departamento Cultural do Instituto X apoiou a participação do dueto de Bossa Nova que se apresentou no festival brasileiro de musica." O Ministério da Cultura utiliza, em documentos oficiais, as palavras Samba, Choro e Bossa Nova grafadas com letras iniciais maiúsculas. No sítio do Ministério da Cultura, na Internet, lê-se: (...) 'a Estado brasileiro esta reconhecendo também a relevância de um dos nossos maiores símbolos, um dos principais embaixadores do pais diante dos outros povos, o Samba Carioca' (transcrição do discurso p residência l proferido par ocasião da proclamação do Samba como Patrimônio Nacional). No mesmo sitio, foram assim reproduzidas as palavras de ex-ministro da Cultura proferidas na mesma ocasião: (...) 'titular o Samba foi fazer justiça a uma tração cultural que foi, durante muito tempo, perseguida pela policia e enquadrada na lei da 'vagabundagem', coma aconteceu com a Capoeira e outras manifestações brasileiras malvistas pela sua inconveniência social.'" O recurso interposto restou improvido, o que Impossibilitara a participação de Mauro na terceira etapa do certame, a ser realizada em 28/9/2012, pela manha. Com base na situação hipotética acima apresentada, redija a medida judicial cabível para possibilitar a participação de terceira etapa do referido concurso . Ao desenvolver a peça processual aborde toda a matéria de direito material e pertinente ao caso e fundamente suas explanações. Dispense o relatório e não crie fatos novos.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

Excelentíssimo(a) Sr.(a) Doutor(a) Juiz(a) Federal da Vara Federal de .

Mauro, nacionalidade, estado civil, profissão, portador da carteira de identidade sob registro geral n.º __ e do CPF n.º __, residente e domiciliado no endereço __, por intermédio de seu ADVOGADO/DEFENSOR PÚBLICO vem, respeitosamente, impetrar **MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO DE CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR** *contra o Instituto Nacional X e a Banca Examinadora do Concurso, representada pelo Diretor Geral do Instituto X, com endereço em _____, com fundamento no inciso art. 5º, LXIX, da CRFB e da Lei n. 12.016/2009, o que o faz pelos seguintes fatos e razões de direito a seguir expostas:*

DO CABIMENTO

O presente feito versa sobre ilegalidade praticada pela banca examinadora do certame para provimento de servidores de carreira do Instituto Nacional X, a qual violou direito líquido e certo do impetrante não amparável por habeas corpus ou habeas data, não havendo necessidade de dilação probatória, sendo, portanto, cabível o presente writ, nos termos do art. 1º, da Lei n. 12.016/2009.

Ressalte-se, ainda, que o impetrante observou o prazo decadencial de 120 dias para exercer o direito de requerer o mandado de segurança, uma vez que a ciência do ato impugnado deu-se em 6.5.2012. Com efeito, a jurisprudência do STJ possui entendimento pacificado no sentido de que a contagem de prazo tem início, de fato, com a ciência da lesão sofrida, afastando qualquer interpretação que considere como termo inicial a data de publicação do edital. Incabível, portanto, qualquer alegação de prazo extintivo eventualmente alegado intentado pela parte impetrada.

DA COMPETÊNCIA

Em se tratando de mandado de segurança impetrado contra ato praticado por autoridade federal, compete à Justiça Federal o processamento do feito, em conformidade com o art. 109, VIII, da CRFB. Deveras, o presidente da banca examinadora é diretor geral do Instituto X, instituição federal, o que atrai a competência da Justiça Federal.

DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO

DA ILEGALIDADE DO ATO PRATICADO

A pretensão ora veiculada em juízo dispensa dilação probatória, estando todas as alegações devidamente comprovadas de plano, o que se faz pelos documentos acostados à petição inicial. Nesse contexto, o que a jurisprudência do STF exige é que os fatos sejam devidamente comprovados, de forma que controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança, nos termos da Súmula 625.

No que tange ao controle judicial de atos praticados pela banca examinadora, a jurisprudência do STF é assente no sentido de que o Poder Judiciário possui atuação excepcional nessa seara, somente intervindo quando a questão impugnada pelo candidato apresentar-se dissociada dos pontos constantes do edital ou for teratológica. O fundamento dessa orientação é a de que não cabe à atividade jurisdicional substituir a banca examinadora na análise do mérito das questões, devendo estar adstrito ao exame de legalidade.

No caso em tela, não se intenta a análise meritória de critérios de correção empregados pela banca examinadora, mas sim a constatação de ilegalidade flagrante do ato impugnado ao considerar erro o emprego de inicial maiúscula na grafia dos vocabulários "Samba", "Choro" e "Bossa Nova", tendo em vista coadunar-se com a grafia preconizada pelo Formulário Ortográfico da Língua Portuguesa, nos termos da documentação anexada aos autos.

Com efeito, ao ir de encontro à orientação sedimentada no parágrafo 6.4 do artigo 49 do Formulário Ortográfico da Língua Portuguesa (capitulo XVI - Emprego das Iniciais Maiúsculas), alterado pela Lei n. 5.765/1971, a Banca Examinadora incorre em ilegalidade excepcional, fazendo insurgir, na hipótese, a devida ingerência do Poder Judiciário a fim de que seja garantida a isonomia e a impessoalidade do certame, bem como garantida a segurança jurídica.

DA PROIBIÇÃO DO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO

A ilegalidade perpetrada pela banca examinadora resta agravada quando se constata a vasta lista de exemplos de utilização oficial, em documentos do governo federal, do Departamento Cultural do Instituto Nacional X e do Ministério da Cultura da inicial maiúscula em Samba, Choro e Bossa Nova. Não se mostra condizente com o princípio da boa-fé objetiva, na sua figura parcelar venire contra factum proprium, a impugnação de ato praticado com base na legítima confiança que se instaurara perante a parte impetrante através de conduta idêntica praticada anteriormente pela própria banca examinadora.

Nesse contexto, em que pese a ausência de sistematização autônoma do instituto, o ordenamento jurídico abomina a adoção de comportamentos contraditórios no seio de uma relação jurídica, refletindo um imperativo em prol da credibilidade e da segurança das relações sociais. O fundamento situa-se no fato de que a conduta anterior gerou, objetivamente, confiança em quem recebeu reflexos dela, apresentando-se como corolário das próprias noções de Direito e Justiça.

Nessa toada, a jurisprudência tem admitido a intervenção do Poder Judiciário para assegurar a lisura dos concursos públicos quando constatadas situações em que a própria banca examinadora pratica atos em sentido oposto aos anteriormente praticados, ainda que em certame diverso.

Diante do exposto, conclui-se que o desconto na pontuação da prova realizada pela parte autora em virtude da grafia das palavras Samba, Choro e Bossa Nova reveste-se de erro grosseiro, afrontando diretamente a legislação de regência, além de estar em desacordo com o próprio entendimento manifestado anteriormente por diversos órgãos federais, inclusive o próprio Departamento Cultural do Instituto X, razão por que se impõe a atuação do Poder Judiciário para que seja conferida a pontuação correta, possibilitando à parte impetrante o prosseguimento no certame.

DA MEDIDA LIMINAR

Demonstrados, no caso em tela, a fundamentação relevante, nos termos da argumentação despendida no item precedente, bem como o risco de ineficácia da medida se houver demora na prestação jurisdicional, tendo em vista a data iminente de realização da próxima fase do concurso (28/9/2012), urge-se a concessão de medida liminar, com fulcro no art.

7º, III, da Lei n. 12.016/2009, para que o impetrante seja autorizado a concluir as fases do certame até que seja exarada decisão de cunho definitivo.

Assim, presentes o periculum in mora e o fumus boni iuris, impõe-se o deferimento da medida liminar nos termos propostos, de modo a evitar a ocorrência de lesão de impossível reparação.

DO PEDIDO

Ante o exposto, requer:

a) a concessão da medida liminar inaudita altera pars a fim de que o impetrante seja autorizado a realizar as próximas fases do certame (art. 7º, III, Lei n. 12.016/2009);

b) a notificação da autoridade coatora do conteúdo da petição inicial, enviando-lhe a segunda via apresentada com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 10 (dez) dias, preste informações (art. 7º, I, Lei n. 12.016/2009);

c) que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito (art. 7º, II, Lei n. 12.016/2009);

d) Ao final, o julgamento de total procedência da pretensão veiculada em juízo para que seja corrigida a pontuação atribuída pela Banca Examinadora, garantindo ao impetrante os três pontos a que tem direito em sua nota e, por conseguinte, a participação do mesmo nas fases subsequentes do certame.

Termos em que pede deferimento!

Local e data

Defensor público

Matrícula

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA

ADMINISTRATIVO – EXAME DA ORDEM – EM REGRA NÃO CABE AO PODER JUDICIÁRIO REVISAR OS CRITÉRIOS ADOTADOS PELA BANCA EXAMINADORA – LEGÍTIMA CONSOLIDAÇÃO DA SITUAÇÃO FÁTICA – TEORIA DO FATO CONSUMADO. 1. O Poder Judiciário não pode substituir a banca examinadora na análise do mérito das questões em concurso público, salvo se a questão impugnada pelo candidato apresentar-se dissociada dos pontos constantes do edital ou teratológica. [...] (STJ, REsp 1130985 PR, rel. min. Humberto Martins, julgamento em 17-12-2009, Segunda Turma, DJ de 19-2-2010.)

MANDADO DE SEGURANÇA. CNMP. SERVIDORA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. CONCURSO DE REMOÇÃO. VAGA DE ANALISTA DE DOCUMENTAÇÃO (BIBLIOTECONOMISTA). EDITAL PGR/MPU Nº 08/13. IMPETRANTE CLASSIFICADA EM PRIMEIRO LUGAR. A QUESTÃO DA VINCULAÇÃO JURÍDICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AO EDITAL QUE ESTEJA EM HARMONIA COM A CONSTITUIÇÃO E COM A LEI. PRECEDENTES. CLÁUSULA GERAL QUE CONSAGRA A

PROIBIÇÃO DO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO. INCIDÊNCIA DESSA CLÁUSULA ("NEMO POTEST VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM") NAS RELAÇÕES JURÍDICAS, INCLUSIVE NAS DE DIREITO PÚBLICO QUE SE ESTABELECEM ENTRE OS ADMINISTRADOS E O PODER PÚBLICO.DOUTRINA. PRESENÇA CUMULATIVA, NA ESPÉCIE, DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DE CONCESSÃO DO PROVIMENTO CAUTELAR. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. (STF, MS 32136 MC DF, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 26-6-2013, DJ de 31-7-2013.)

O Poder Judiciário é incompetente para, substituindo-se à banca examinadora de concurso público, reexaminar o conteúdo das questões formuladas e os critérios de correção das provas, consoante pacificado na jurisprudência do STF. (...) ressalvadas as hipóteses em que restar configurado, tal como in casu, o erro grosseiro no gabarito apresentado, porquanto caracterizada a ilegalidade do ato praticado pela administração pública. [...] (MS 30.859, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 28-8-2012, Primeira Turma, DJE de 24-10-2012.)

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

GABARITO DA BANCA EXAMINADORA

- Gabarito: 1 - Apresentação e estrutura textual (legibilidade, respeito às margens e indicação de parágrafos) - 2 Desenvolvimento do tema - 2.1 Competências: Justiça Federal dado o ato atacado ser do diretor-geral de instituto nacional - 2.2 Direito líquido e certo como condição para a concessão da medida, no mérito - 2.3 Fumaça do bom direito e perigo na demora - necessidade da medida liminar - 2.4 Apresentação de mandado de segurança com pedido de liminar

RECURSO DE APELAÇÃO

DPE/RN - 2015 - CESPE

PEÇA PROCESSUAL CÍVEL - Na fluência da união estável estabelecida entre João e Paula, ela deu à luz Lucas, em 3/4/2002. Acreditando ser o pai biológico da criança, João fez constar o seu nome como pai no registro de nascimento de Lucas. Em 2007, após ter descoberto que fora traído, João desconfiou não ser pai biológico de Lucas e solicitou a realização de exame de DNA para confirmar a paternidade. O resultado do exame foi negativo. João, então, separou-se de Paula no mesmo ano e não teve mais qualquer contato com Lucas a partir de então. Em 2015, João compareceu à Defensoria Pública e solicitou a adoção de medida judicial visando à desconstituição da paternidade. Na ocasião, ajuizou-se ação negatória de paternidade, com vistas ao reconhecimento judicial de que João não é o pai de Lucas e à retificação no registro de nascimento. O pedido foi julgado improcedente em razão do reconhecimento da filiação socioafetiva. Na qualidade do defensor público, elabore a peça processual cabível à reversão da sentença que indeferiu o pedido de desconstituição da paternidade registral de João.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) JUIZ(A) DE DIREITO DA VARA DE FAMÍLIA DA COMARCA DE

Processo nº:

João, nos autos da ação ordinária em epígrafe, que move contra Lucas, vem, no prazo legal e de acordo com o previsto nos artigos 508, 513 e seguintes do Código de Processo Civil, interpor RECURSO DE APELAÇÃO contra a referida sentença de fls., requerendo a sua juntada aos autos, o seu recebimento no duplo efeito e posterior encaminhamento ao Tribunal de Justiça.

Nesses termos,

Pede deferimento.

Local, data

Defensor Público

RAZÕES RECURSAIS

Tribunal de Justiça

Turma

Relator

DA SÍNTESE DOS FATOS

Na fluência de união estável estabelecida entre João e Paula, Paula deu à luz Lucas em 3/4/2002. Acreditando ser o pai biológico da criança, João fez constar o seu nome como pai no registro de nascimento de Lucas. Em 2007, após ter descoberto que fora traído, João desconfiou não ser pai biológico de Lucas e solicitou a realização de exame de DNA para confirmar a paternidade.

O resultado do exame foi negativo. João, então, separou-se de Paula no mesmo ano e não teve mais qualquer contato com Lucas a partir de então. Em 2015, João compareceu à Defensoria Pública e solicitou a adoção de medida judicial visando à desconstituição da paternidade.

Na ocasião, ajuizou-se ação negatória de paternidade, visando ao reconhecimento judicial de que João não é o pai biológico de Lucas e retificação no registro de nascimento. O pedido foi julgado improcedente em razão do reconhecimento da filiação socioafetiva. Inconformado, João apela da referida sentença, pugnando pela reforma do julgado.

DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

DO ERROR IN IUDICANDO - DESCONSTITUIÇÃO DA PATERNIDADE REGISTRAL

É admitida a desconstituição de paternidade registral no caso em questão, haja vista que: 1 – o pai registral, na fluência de união estável estabelecida com a genitora da criança, fez constar o seu nome como pai no registro de nascimento por acreditar ser o pai biológico do infante; 2 – estabeleceu-se vínculo de afetividade entre o pai registral e a criança durante os primeiros cinco anos de vida dela; 3 – o pai registral solicitou, ao descobrir que fora traído, a realização de exame de DNA e, a partir do resultado negativo do exame, não mais teve qualquer contato com a criança, por mais de oito anos até a atualidade; e 4 – o pedido de desconstituição foi formulado pelo próprio pai registral.

De fato, a simples ausência de convergência entre a paternidade declarada no assento de nascimento e a paternidade biológica, por si só, não autoriza a invalidação do registro. Realmente, não se impõe ao declarante, por ocasião do registro, prova de que é o genitor da criança a ser registrada.

O assento de nascimento traz, em si, essa presunção. Entretanto, caso o declarante demonstre ter incorrido seriamente em vício de consentimento, essa presunção poderá vir a ser ilidida por ele.

Não se pode negar que a filiação socioafetiva detém integral respaldo do ordenamento jurídico nacional, a considerar a incumbência constitucional atribuída ao Estado de proteger toda e qualquer forma de entidade familiar, independentemente de sua origem (art. 227 da CF). Ocorre que o estabelecimento da filiação socioafetiva perpassa, necessariamente, pela vontade e pela voluntariedade do apontado pai, ao despender afeto de ser reconhecido como tal.

Em outras palavras, as manifestações de afeto e carinho por parte de pessoa próxima à criança somente terão o condão de convolarem-se numa relação de filiação se, além da caracterização do estado de posse de filho, houver, por parte do indivíduo que despende o afeto, a clara e inequívoca intenção de ser concebido juridicamente como pai ou mãe da criança.

Portanto, a higidez da vontade e da voluntariedade de ser reconhecido juridicamente como pai consubstancia pressuposto à configuração de filiação socioafetiva no caso aqui analisado. Dessa forma, não se concebe a conformação dessa espécie de filiação quando o apontado pai incorre em qualquer dos vícios de consentimento.

Ademais, sem proceder a qualquer consideração de ordem moral, não se pode obrigar o pai registral, induzido a erro substancial, a manter uma relação de afeto igualmente calcada no vício de consentimento originário, impondo-lhe os deveres daí advindos sem que voluntária e conscientemente o queira.

Além disso, como a filiação sociafetiva pressupõe a vontade e a voluntariedade do apontado pai de ser assim reconhecido juridicamente, caberá somente a ele contestar a paternidade em apreço.

Por fim, ressalte-se que é diversa a hipótese em que o indivíduo, ciente de que não é o genitor da criança, voluntária e expressamente declara o ser perante o oficial de registro das pessoas naturais (adoção à brasileira), estabelecendo com esta, a partir daí, vínculo da afetividade paterno-filial.

Na hipótese diversa do caso em análise, o vínculo de afetividade se sobrepõe ao vício, encontrando-se inegavelmente consolidada a filiação socioafetiva (hipótese, aliás, que não comportaria posterior alteração). A consolidação dessa situação — em que pese antijurídica e, inclusive, tipificada no art. 242 do CP —, em atenção ao melhor e prioritário interesse da criança, não pode ser modificada pelo pai registral e socioafetivo, afigurando-se irrelevante, nesse caso, a verdade biológica. Trata-se de compreensão que converge com o posicionamento perfilhado pelo STJ.

MÉRITO

No mérito, a controvérsia instaurada na presente apelação consiste em saber se pode ou não ser desconstituída a paternidade registral em desacordo com a verdade biológica, efetuada e declarada por indivíduo que, na fluência da união estável estabelecida com a genitora da criança, acredita, verdadeiramente, ser o pai biológico da criança, estabelecendo com ela vínculo de afetividade durante seus primeiros cinco anos de vida.

Assim delimitados os fatos, há que se permitir a pretendida desconstituição da paternidade registral, levada a efeito pelo declarante exclusivamente porque, induzido a erro, reputou ser o genitor da criança, supostamente fruto da união estável então estabelecida com a mãe desta.

Efetivamente, a declaração de paternidade, por ocasião do registro de nascimento de um filho, mais que uma liberalidade, consubstancia, em verdade, um dever legal, conforme dispõe o art. 52 da Lei n.º 6.015/73.

Decorre da própria lei a presunção de que o filho concebido durante a constância do casamento (ou da união estável) é fruto dessa união (art. 1.597 do Código Civil). Ao declarante, em tal ocasião, não se impõe a prova de que é o genitor da criança a ser registrada.

O assento de nascimento traz, em si, esta presunção, que somente pode vir a ser ilidida pelo declarante caso este demonstre ter incorrido, seriamente, em vício de consentimento, circunstância, como assinalado, verificada no caso dos autos. Ressalte-se que a simples ausência de convergência entre a paternidade declarada no assento de nascimento e a paternidade biológica, por si, não autoriza a invalidação do registro. Ao marido/companheiro incumbe alegar e comprovar a ocorrência de erro ou falsidade, nos termos do art. 1.601 c/c 1.604 do Código Civil.

Diversa, entretanto, é a hipótese em que o indivíduo, ciente de que não é o genitor da criança, voluntária e expressamente declara o ser perante o Oficial de Registro das Pessoas Naturais (adoção à brasileira), estabelecendo com esta, a partir daí, vínculo da afetividade paterno-filial.

A consolidação de tal situação (em que pese antijurídica e, inclusive, tipificada no art. 242 do CP), em atenção ao melhor e prioritário interesse da criança, não pode ser modificada pelo pai registral e socioafetivo, afigurando-se irrelevante, nesse caso, a verdade biológica. Essa compreensão, é certo, converge com o posicionamento perfilhado pelo Superior Tribunal de Justiça, em interpretação ao art. 1.604 do Código Civil ("ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se o erro ou falsidade do registro").

A hipótese dos autos, como assinalado, não cuida de adoção à brasileira, já que o autor da ação, induzido a erro, acreditava ser, por ocasião do registro, o genitor da criança, supostamente oriunda da união estável estabelecida com a genitora desta.

Não obstante, o juízo de origem reconheceu a configuração de filiação sociafetiva entre pai e filho registral, em que pese o primeiro ter incidido em vício de consentimento desde

o nascedouro da relação afetiva estabelecida entre eles, tendo assim permanecido durante todo o desenvolvimento desta (compreendida nos primeiros cinco anos de vida da criança). Tal compreensão, entretanto, não encerra a melhor exegese sobre a efetiva conformação da filiação socioafetiva.

A filiação socioafetiva, da qual a adoção à brasileira consubstancia espécie, detém integral respaldo do ordenamento jurídico nacional, considerada a incumbência constitucional atribuída ao Estado de proteger toda e qualquer forma de entidade familiar, independentemente de sua origem (art. 227 da CRFN). No ponto, é oportuno anotar que o estabelecimento da filiação socioafetiva perpassa, necessariamente, pela vontade e mesmo pela voluntariedade do apontado pai, ao despender afeto, de ser reconhecido como tal.

As manifestações de afeto e carinho por parte de pessoa próxima à criança somente terão o condão de convolarem-se numa relação de filiação se, além da caracterização do estado de posse de filho, houver, por parte daquele que despende o afeto, a clara e inequívoca intenção de ser concebido juridicamente como pai ou mãe daquela criança.

A doutrina, em abordagem à filiação socioafetiva, bem identifica a necessidade da presença do claro e unívoco propósito do pretenso pai de assim ser reconhecido, sob pena de imputar ao indivíduo, imbuído de elevado espírito de solidariedade (ou, como no caso dos autos, induzido a erro escusável), encargos que, efetivamente, não esteja disposto a arcar, o que desestimularia, inclusive, este salutar comportamento.

Como aduz a mais abalizada doutrina, para além da posse de estado, entende-se que a filiação socioafetiva requer um outro pressuposto principal: a unívoca intenção daquela que age como se genitor(a) fosse de se ver juridicamente instituído pai ou mãe. Assim porque nem todo aquele que trata alguém como se filho fosse quer torná-lo juridicamente seu filho. Afinal, a constituição da qualidade de pai ou mãe enseja, dentre outros efeitos, uma série de deveres jurídicos que, se não cumpridos espontaneamente, comportam, até mesmo, execução compulsória.

Logo, é preciso ter cautela no estabelecimento deste parentesco socioafetivo, sob pena de — uma vez desmerecida a real vontade do pretenso ascendente — lhe suprimir a essência: sua edificação espontânea e pura. Essa manifestação inequívoca, então, há de ser expressa ou claramente dedutível de qualquer meio de prova idôneo, particular ou público, como o testamento, por exemplo. Na dúvida, fica prejudicada a caracterização do vínculo paterno ou materno-filial socioafetivo. Esse é o cuidado necessário na análise das situações de posse de estado de filho, a fim de garantir que sejam fonte do elo filial socioafetivo apenas aquelas nas quais a pretensão parental dos envolvidos seja indubitável.

Não obstante a codificação em vigor não reconheça a filiação socioafetiva, inquestionavelmente a jurisprudência vem paulatina e reiteradamente prestigiando a prevalência da chamada 'posse do estado de filho', representando em essência o substrato fático da verdadeira e única filiação, sustentada no amor e no desejo de ser pai ou de ser mãe, em suma, de estabelecer espontaneamente os vínculos da cristalina relação filial.

Nota-se, portanto, que a higidez da vontade e da voluntariedade daquele que despende afeto e carinho a outrem de que seja reconhecido juridicamente como pai consubstancia pressuposto à configuração de toda e qualquer filiação socioafetiva. Não se

concebe, pois, a conformação dessa espécie de filiação quando o apontado pai incorre em qualquer um dos vícios de consentimento. Na hipótese dos autos, não se pode olvidar que a incontroversa relação de afeto estabelecida entre pai e filho (durante os primeiros cinco anos de vida do infante), calcada no vício de consentimento originário, afigurou-se completamente rompida diante da ciência da verdade dos fatos pelo pai registral. Também em virtude da realidade dos fatos, que passaram a ser de conhecimento do declarante, o restabelecimento do aludido vínculo, desde então, nos termos deduzidos, mostrou-se absolutamente impossível.

Ressalta-se, porque relevante ao deslinde da controvérsia, que o autor da ação negatória de paternidade, desde o momento em que obteve o pleno conhecimento acerca da verdade dos fatos (em 2007), rompeu, em definitivo, a relação estabelecida com a parte requerida, não refluindo de seu intento de anular o registro de nascimento.

Ao evidenciar o sério intuito de desfazer o ato de reconhecimento de paternidade lastreado em erro, o demandante, após ter ciência de que não era o pai biológico do requerido, com este não mais estabeleceu qualquer contato, postura que perdura por mais de oito anos (período superior à metade dos quinze anos de vida do requerido). Tampouco se antevê do comportamento adotado pelo demandante propósito de relegar os relevantes interesses do menor para um segundo plano, apenas para fustigar a ex-companheira, em represália ao término da relação, tal como alegado pela parte adversa.

Sem proceder a qualquer consideração de ordem moral, não se pode obrigar o pai registral induzido a erro substancial a manter uma relação de afeto igualmente calcada no vício de consentimento originário, impondo-lhe os deveres daí advindos, sem que, voluntária e conscientemente, o queira. Como assinalado, a filiação sociafetiva pressupõe a vontade e a voluntariedade do apontado pai de ser assim reconhecido juridicamente, circunstância, inequivocamente, ausente na hipótese dos autos.

Registre-se, porque relevante: encontrar-se-ia inegavelmente consolidada a filiação socioafetiva se o demandante, mesmo após ter tido ciência da verdade dos fatos, ou seja, de que não é pai biológico do requerido, mantivesse com este, voluntariamente, o vínculo de afetividade, sem o vício que o inquinava.

Em síntese, cabe ao marido (ou ao companheiro), e somente a ele, fundado em erro, contestar a paternidade de criança supostamente oriunda da relação estabelecida com a genitora da criança, de modo a romper a relação paterno-filial então conformada, deixando-se assente, contudo, a possibilidade de o vínculo de afetividade vir a se sobrepor ao vício, caso, após o pleno conhecimento da verdade dos fatos, seja esta a vontade do consorte/companheiro (hipótese, é certo, que não comportaria posterior alteração).

Todavia, ainda que imprescritível, a pretensão de impugnação não poderá ser exercida se fundada apenas na origem genética, em aberto conflito com o estado de filiação já constituído. Em outras palavras, para que possa ser impugnada a paternidade, independentemente do tempo de seu exercício, terá que provar não ser o genitor no sentido biológico (por exemplo, com resultado de exame de DNA) e, por esta razão, não ter sido constituído o estado de filiação, de natureza socioafetiva; e se foi o próprio declarante perante o registro de nascimento comprovar que teria agido induzido em erro ou em razão de dolo ou coação.

A família, seja ela de que origem for, é protegida pelo Estado e por sua ordem jurídica (art. 226 da Constituição). Se a exclusividade da prova de inexistência de origem biológica pudesse ser considerada suficiente para o exercício da impugnação da paternidade, anos ou décadas depois de esta ser realizada e não questionada, na consolidação dos recíprocos laços de afetividade, com a inevitável implosão da família assim constituída, estar-se-ia negando a norma constitucional de proteção da família, para atender a impulsos, alterações de sentimentos ou decisões arbitrárias do pai.

Pelos fundamentos jurídicos que informam o atual regime brasileiro da paternidade, o exercício imprescritível da impugnação pelo marido da mãe depende da demonstração, além da inexistência da origem biológica, de que nunca tenha sido constituído o estado de filiação. No contexto atual, em conformidade com a Constituição Federal, o art. 1.604 do Código Civil reforça a primazia do estado de filiação sobre a origem genética. Nesse sentido, a norma deve ser interpretada em consonância com os artigos 1.596, 1.597, 1.601 e 1.614, todos do Código Civil. É quase absoluta a presunção da filiação derivada do registro do nascimento, pois apenas é afastada nas hipóteses de erro ou falsidade, não sendo admissível qualquer outro fundamento.

O registro do nascimento é a prova capital do nascimento e da filiação materna e paterna. No caso do pai, reforça a presunção pater is est. Não é totalmente absoluta porque pode ser retificada, por decisão judicial, ou invalidade, em virtude de prova de erro ou falsidade. A norma é cogente ao proclamar que ninguém poderá vindicar estado contrário ao que resulta do registro do nascimento. Refere-se ao estado de filiação e aos decorrentes estados de paternidade e maternidade. A vedação alcança qualquer pessoa, incluindo o registrado e as pessoas que constam como seus pais.

Em conclusão, é de se acolher a pretensão de desconstituição da paternidade registral, porquanto evidenciado: 1 – que o declarante, ao proceder o registro de nascimento, sob a presunção pater is est, foi induzido a erro; 2 – que a relação de afeto então estabelecida entre pai e filho, igualmente calcada no vício de consentimento originário, restou definitivamente rompida; e 3 – que não houve manifestação consciente e voluntária do apontado pai registral de ser reconhecido juridicamente como tal (pressuposto da configuração da filiação socioafetiva), após saber que não era o genitor da criança.

PEDIDO

Diante do exposto, o apelante requer o recebimento da presente apelação e, no mérito, a reforma da decisão apelada.

Nesses termos, Pede deferimento.

Local, data

Defensor Público

DPE/AM - 2003 - CESPE

PEÇA PROCESSUAL CÍVEL - Sueli adquiriu na Loja Paraná uma geladeira, uma máquina de lavar e uma mesa de jantar por meio de financiamento da Financeira Crédito Fácil,

localizada dentro da Loja Paraná, no valor das mercadorias adquiridas, que totalizava R$ 3.000,00, dividido em dez parcelas de R$ 350,00. Ao receber as mercadorias, estando a mesa danificada, Sueli devolveu-a à loja, obtendo abatimento no valor de R$ 600,00 na compra e recebendo novo carnê para o pagamento. A loja, entretanto, deixou de cancelar os documentos de cobrança anteriores, e, como Sueli passou a pagar o valor constante do novo carnê, deixando evidentemente de pagar o primeiro, enviou o nome de Sueli para o Serviço de Proteção ao Crédito (SPC), que não lhe notificou previamente sobre a anotação. Durante mais de um ano, Sueli tentou o cancelamento da inscrição de seu nome, sendo certo que nesse período teve por diversas vezes seu crédito negado em diferentes estabelecimentos comerciais. Nesse ínterim, a Loja Paraná fechou suas portas. Sueli, assistida pela Defensoria Pública, propôs ação de reparação de danos, em litisconsórcio passivo, contra os donos da Loja Paraná, a Financeira Crédito Fácil e o SPC, pleiteando indenização no valor de R$200.000,00. Citados, os réus contestaram, alegando, cada um deles, ilegitimidade passiva, e, no mérito, não serem responsáveis por eventual dano sofrido pela autora, que, ademais, não provara a ocorrência de qualquer fato que pudesse configurar o alegado dano. Aduziram, também, que o valor do dano pleiteado era excessivo e geraria enriquecimento sem causa da autora. O juiz indeferiu a produção de prova por entendê-la desnecessária na hipótese. Em seguida, o juiz proferiu sentença extinguindo o feito sem julgamento de mérito por entender que nenhum dos réus era parte legítima ad causam porque: a) a ré Loja Paraná já não mais existia; b) a ré Financeira Crédito Fácil não podia ser responsabilizada pelo dano porque não fora ela quem dera causa à negativação da autora junto ao SPC, estando fora da relação de compra e venda e não podendo ser considerada prestadora de serviço algum; c) o réu SPC não podia ser responsabilizado pelo dano porque tão-somente arquiva os nomes que lhe são remetidos pelos comerciantes e informa se o nome está negativado, quando solicitado. Diante da sentença proferida pelo juiz na situação hipotética acima relatada, redija, na condição de defensor público, o recurso que entender interponível, alegando toda a matéria de direito material e processual pertinente. (QUESTÃO MODIFICADA EM RAZÃO DA EDIÇÃO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL)

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

AO JUIZO DE DIREITO DA VARA CÍVEL DA COMARCA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO AMAZONAS

Proc.:

SUELI, já qualificada nos autos do processo em epígrafe, AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANO IMATERIAL, que move em face dos DONOS DA LOJA PARANÁ, da FINANCEIRA CRÉDITO FÁCIL e do SERVIÇO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO, inconformada com a sentença, vem, através da Defensoria Pública do Estado do Amazonas, em termos e tempestivamente, com fulcro nos arts. 1.009 e seguintes do CPC, interpor o presente RECURSO DE APELAÇÃO, aduzindo, para tanto, as Razões em anexo, requerendo sejam os autos remetidos à instância superior, após a manifestação da parte recorrida, para admissão, apreciação e julgamento.

N. termos,

P. deferimento.

Local, Data.

Defensor Público

RAZÕES RECURSAIS

Egrégia Câmara,

M.M. Julgadores,

I - DA ADMISSIBILIDADE RECURSAL

A Apelante tomou ciência da sentença em . Assim, sendo a causa patrocinada pela Defensoria Pública, em razão do prazo em dobro (art. 186 do CPC), tem-se que o termo ad quem do prazo somente se operaria em . Por outro lado, não é necessário o preparo, tendo em vista que a Apelante é beneficiária da gratuidade de Justiça, nos termos do art. 98 do CPC.

II – DA QUESTÃO RECURSAL

Conforme se vislumbra dos autos, a Autora, ora Apelante, adquiriu na Loja Paraná uma geladeira, uma máquina de lavar e uma mesa de jantar. A compra destes produtos ocorreu através de financiamento obtido junto à Financeira Crédito Fácil, Segunda Apelada, localizada dentro da Loja Paraná, no valor das mercadorias adquiridas, que totalizavam R$3.000,00, dividido em dez parcelas de R$350,00.

Ao receber as mercadorias, estando a mesa danificada, a Apelante devolveu-a à loja, obtendo abatimento no valor de R$600,00 na compra e recebendo novo carnê para o pagamento. A Loja Paraná, entretanto, deixou de cancelar os documentos de cobrança anteriores. Desse modo, como a Apelante passou a pagar somente o valor constante do novo carnê, foi considerada inadimplente em relação ao primeiro carnê e teve o seu nome negativado junto ao Serviço de Proteção ao Crédito, Terceiro Apelado, sem qualquer notificação prévia.

Durante mais de um ano a Apelante tentou o cancelamento da inscrição de seu nome, sendo certo que nesse período teve por diversas vezes seu crédito negado em diferentes estabelecimentos comerciais. Nesse ínterim, a Loja Paraná fechou suas portas.

A Apelante, assistida pela Defensoria Pública, propôs a ação em tela, para compensação pelos danos imateriais sofridos, em face dos donos da Loja Paraná, da Financeira Crédito Fácil e do Serviço de Proteção ao Crédito, pleiteando indenização no valor de R$200.000,00.

Citados, os Apelados contestaram, alegando, cada um deles, ilegitimidade passiva e, no mérito, não serem responsáveis por eventual dano sofrido pela Apelante, que, ademais, não provara a ocorrência de qualquer fato que pudesse configurar o alegado dano. Aduziram, também, que o valor do dano pleiteado era excessivo e geraria enriquecimento sem causa para a Apelante.

O juiz indeferiu a produção de prova por entendê-la desnecessária na hipótese e, em seguida, proferiu sentença encerrando o procedimento sem resolução de mérito por entender que nenhum dos Apelados era parte legítima ad causam porque: a) o Primeiro já não mais existia; b) o Segundo não podia ser responsabilizado pelo dano para o qual não deu causa, estando fora da relação de compra e venda e não podendo ser considerado prestado-

ra de serviço algum; c) o réu SPC não podia ser responsabilizado pelo dano porque apenas arquiva os nomes que lhe são remetidos pelos comerciantes e informa se o nome está negativado, quando solicitado.

Portanto, o objetivo deste recurso é verificar se foi aplicada a melhor solução jurídica para o caso em tela.

II – DAS RAZÕES PARA REFORMA DA SENTENÇA APELADA: RELAÇÃO DE CONSUMO – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA E OBJETIVA DOS APELADOS – LOJA QUE INDEVIDAMENTE COBRA EM DUPLICIDADE – DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE DA EXTINTA LOJA PARANÁ PARA ATINGIR O PATRIMÔNIO DOS SEUS SÓCIOS – EMPRESA FINANCEIRA PARCEIRA DA LOJA QUE SE INSERE NA CADEIA DE CONSUMO – EMPRESA DE CADASTRO DE CRÉDITO QUE PROCEDE À NEGATIVAÇÃO DA CONSUMIDORA SEM A PRÉVIA NOTIFICAÇÃO

Data venia, a sentença em tela merece ser reformada por ter incidido em error in judicando.

Em primeiro lugar, tratando-se de evidente relação de consumo, tem-se que a causa em tela deve ser regida através dos ditames protetivos estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor (arts. 5º, XXXI, e 170, V, ambos da CRFB). Assim, partindo dessa premissa, tem-se que a origem do conflito repousa no fato de que a Loja Paraná, na condição de fornecedora (art. 3º do CDC), vendeu produtos para a consumidora, de forma parcelada, através de um financiamento concedido pela Financeira Crédito Fácil, empresa parceira e instalada dentro do seu estabelecimento comercial. Tratam-se, portanto, de contratos coligados. Assim, ambas as empresas estão inseridas na cadeia de consumo para o fim de se submeterem às regras de proteção dos consumidores.

A prestação do serviço em tela, por sua vez, foi defeituosa, pois a consumidora foi cobrada em duplicidade sem que tenha dado motivo para isso. A loja, por si ou pela instituição financeira parceira, foi vítima da própria ineficiência administrativa, permitindo que a consumidora fosse cobrada em duplicidade. Logo, ambas devem responder por suas falhas e pelos prejuízos causados em razão de sua atividade lucrativa.

Apesar da equivocada orientação jurisprudencial em sentido contrário (Súmula 385 do STJ), a responsabilidade independe da existência de outras anotações desabonadoras em nome do consumidor. De forma que ambas as empresas possuem responsabilidade solidária (arts. 7º, parágrafo único; e 25, §1º, ambos do CDC) e objetiva (art. 927 do CC e art. 14 do CDC) de compensar a consumidora pelos danos causados, independentemente de culpa, em razão da natureza objetiva desse tipo de responsabilidade.

A solidariedade implica que o autor poderá acionar os obrigados solidários tanto de per si como em conjunto, não havendo ilegitimidade de parte passiva de qualquer deles, especialmente à luz da teoria da asserção. Assim, se houver identificação entre os titulares dos direitos e obrigações, partindo da suposição de que são reais os fatos afirmados na inicial, é legitimado passivo aquele que, em tese, por eles responderia.

Por certo, quem, em coparticipação com outra empresa, propõe-se a emitir e operacionalizar a concessão de crédito para uso de consumidores, é parte legitima a responder solidariamente com aquela sobre eventuais danos que tal procedimento venha a causar a

estes, independentemente da verificação sobre qual delas efetivamente lhe deu azo. Nesses casos, a Loja Paraná atuou efetivamente na cadeia de fornecimento de crédito como uma fomentadora da instituição financeira.

Ademais, a jurisprudência é pacífica no sentido de que o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras, como se depreende da Súmula 297 do STJ: "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras"

Note-se, nessa toada, que uma vez que a Loja Paraná foi fechada, impedindo o efetivo ressarcimento do consumidor, perfeitamente possível a desconsideração da personalidade jurídica para promover o atingimento do patrimônio dos sócios, nos moldes estabelecidos pelo art. 50 do CC e do art. 28 do CDC. Essa desconsideração, inclusive, pode ser feita diretamente na petição inicial, como se depreende da regulamentação prevista nos arts. 133 e seguintes do CPC. Por outro prisma, tem-se como evidente a legitimidade passiva do Serviço de Proteção ao Crédito no caso sub judice.

De fato, os órgãos mantenedores de cadastros possuem legitimidade passiva para as ações que buscam a compensação pelos danos imateriais decorrentes da inscrição, sem prévia notificação, do nome de devedor em seus cadastros restritivos. A ausência de prévia comunicação ao consumidor da inscrição do seu nome em cadastros de proteção ao crédito, prevista no art. 43, §2º, do CDC, enseja o direito à compensação por danos imateriais, em razão dos princípios da boa-fé e da informação adequada (art. 6º do CDC e arts. 290 e 294 do CC).

Cuida-se de tema pacificado nos tribunais superiores, que ressalvam apenas a exigência de notificação por carta com aviso de recebimento, conforme aduz a Súmula 404 do STJ: "É dispensável o aviso de recebimento (AR) na carta de comunicação ao consumidor sobre a negativação de seu nome em bancos de dados e cadastros".

Comprovados o dano e o nexo de causalidade entre a conduta omissiva e o evento, emerge o dever de indenizar os prejuízos causados. Comete dano moral, a ensejar a devida reparação, quem inscreve nome de consumidor em cadastros de inadimplentes por dívida inexistente. O dano in re ipsa caracteriza-se pelo ilícito civil de mera conduta, informado por dolo ou culpa, em que os efeitos nocivos do ato não hão de ser perquiridos, pois eles se presumem como naturalmente implicados pela falta de justa causa, identificadora do injusto que informa a conduta lesiva. É preciso que se diga, ainda, que a situação retratada nos autos supera em muito o mero aborrecimento da convivência em coletividade.

Conforme narrado, o abuso de direito praticado pelos apelados não apenas manchou o nome da apelante, mas também causou-lhe graves e repetidos atos de humilhação ao longo de mais de ano. A apelante procurou inúmeras vezes solucionar a questão de forma consensual, promovendo-lhe um relevante desvio produtivo do consumidor.

É necessário, igualmente, frisar que a indenização ora pleiteada deve buscar, além da sua função compensatória, estabelecer uma força punitiva sobre o agente lesante pela ofensa cometida, mediante a condenação ao pagamento de um valor indenizatório capaz de demonstrar que o ilícito praticado não será tolerado pela justiça. A função punitiva tem o objetivo de impedir que a indenização seja meramente simbólica ou incapaz de gerar para o agente causador um abalo significativo, estimulando-o a seguir praticando a conduta lesiva.

Por oportuno, salienta-se ainda que dano imaterial em debate é in re ipsa, ou seja, sua caracterização não depende da demonstração efetiva da lesão causada. Essa é presumida e toma em consideração em relação aos fatores apresentados nos autos e tidos como incontroversos.

Por fim, tem-se que o quantum postulado é adequado para a situação deduzida em juízo, sob o pálio dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, considerados os critérios pedagógico-preventivo, bem como a capacidade econômico-financeira das partes e extensão-gravidade do dano.

III – DO PEDIDO

Ex positis, requer a essa Egrégia Câmara que seja conhecida e provida a presente apelação para que a referida sentença seja reformada, a fim de se reconhecer a legitimidade passiva dos Apelados e, estando a causa madura (art. 1.013 do CPC), julgar procedente os pedidos exordiais, condenando os Apelados, solidariamente, a pagar o valor de R$200.000,00 a título de compensação pelos danos imateriais causados, bem como redistribuindo os ônus sucumbenciais, com a fixação de honorários advocatícios na ordem de 20% da condenação em favor da Defensoria Pública do Estado do Amazonas.

Pugna-se, por fim, pela expressa manifestação deste Órgão acerca da compatibilidade da decisão com os preceitos legais e constitucionais apontados, para o fim de prequestionar a matéria.

Nestes termos,

Pede deferimento.

Local, Data.

Defensor Público

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA

Súmula 297 do STJ: "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras"

Súmula 404 do STJ: "É dispensável o aviso de recebimento (AR) na carta de comunicação ao consumidor sobre a negativação de seu nome em bancos de dados e cadastros"

"Direito processual civil e bancário. Recurso especial. Ação de compensação por danos morais. Inscrição em cadastro de proteção ao crédito sem prévia notificação. Legitimidade passiva do órgão mantenedor do cadastro restritivo. Dano moral reconhecido, salvo quando já existente inscrição desabonadora regularmente realizada, tal como ocorre na hipótese dos autos. I- Julgamento com efeitos do art. 543-C, § 7º, do CPC. - Orientação 1: Os órgãos mantenedores de cadastros possuem legitimidade passiva para as ações que buscam a reparação dos danos morais e materiais decorrentes da inscrição, sem prévia notificação, do nome de devedor em seus cadastros restritivos, inclusive quando os dados utilizados para a negativação são oriundos do CCF do Banco Central ou de outros cadastros mantidos por entidades diversas. - Orientação 2: A ausência de prévia comunicação ao consumidor da inscrição do

seu nome em cadastros de proteção ao crédito, prevista no art. 43, § 2º, do CDC, enseja o direito à compensação por danos morais, salvo quando preexista inscrição desabonadora regularmente realizada. Vencida a Min. Relatora quanto ao ponto. II- Julgamento do recurso representativo. - É ilegal e sempre deve ser cancelada a inscrição do nome do devedor em cadastros de proteção ao crédito realizada sem a prévia notificação exigida pelo art. 43, § 2º, do CDC. - Não se conhece do recurso especial quando o entendimento firmado no acórdão recorrido se ajusta ao posicionamento do STJ quanto ao tema. Súmula n.º 83/STJ. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido para determinar o cancelamento da inscrição do nome do recorrente realizada sem prévia notificação. Ônus sucumbenciais redistribuídos" (STJ – 2º Seção – REsp 1061134/RS – Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 10/12/2008)

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Dano Moral e Indenização Punitiva. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor. 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

DIDIDER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. Vol. I. 18ª ed., Salvador: Juspodium

STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

RECURSO ESPECIAL COM PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO

DPE/BA - 2010 - CESPE

PEÇA PROCESSUAL - Determinado município ajuizou execução fiscal contra André, que, por não dispor de recursos financeiros, foi assistido pela defensoria pública estadual. O defensor público designado para o caso opôs embargos à execução fiscal, quarenta e cinco dias após André ter sido pessoalmente intimado, requerendo expressamente a condenação do município ao pagamento de honorários advocatícios. A autoridade monocrática julgou intempestivos os embargos à execução fiscal, destacando que foram opostos quarenta e cinco dias após a intimação pessoal do executado, e considerou descabido o pedido de condenação do município ao pagamento de honorários advocatícios. O tribunal de justiça do estado, ao julgar o recurso interposto pela defensoria pública, confirmou a decisão impugnada, sob o fundamento de que, conforme o disposto no art. 16 da Lei nº 6.830/1980, a oposição de embargos à execução fiscal, com o prazo previsto para tanto, dirige-se à parte, e não, ao seu advogado, razão pela qual seriam intempestivos os embargos, opostos pelo defensor público quarenta e cinco dias após a intimação, visto que a defensoria não teria direito à contagem do prazo em dobro. O tribunal também afastou qualquer possibilidade de condenação do município ao pagamento de honorários advocatícios, ressaltando não ter a defensoria pública o direito à parcela. Foram opostos embargos de declaração, com o objetivo de prequestionar a matéria infraconstitucional, os quais foram rejeitados após julgamento. Com base na situação hipotética apresentada,

na qualidade de defensor público designado para o caso, redija, com fundamento na legislação, na doutrina e(ou) na jurisprudência, a peça processual adequada à impugnação do referido acórdão, alegando toda a matéria de direito processual e material aplicável ao caso. Não crie fatos novos, tomando por verdadeiros os narrados na situação.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA

Proc. nº

ANDRÉ, devidamente qualificado nos autos do processo em epígrafe, AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL, que lhe move o MUNICÍPIO, vem, perante Vossa Excelência, através da Defensoria Pública do Estado da Bahia, em razão da intimação de fls., irresignado com o Acórdão de fls., com fulcro nos art. 105, "a" e "c", da CRFB; art. 44, I, da Lei Complementar nº 80/94; arts. 85, 186 e 1.029 e segs. do CPC; e art. 16 da Lei nº 6.830/1980, propor o presente

RECURSO ESPECIAL COM PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO

pugnando a Vossa Excelência que o receba e o remeta ao STJ, após a oitiva do recorrido, na forma dos argumentos em anexo .

Nestes termos,

Pede Deferimento.

Local, data.

Defensor Público

Matrícula

EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Origem: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia – Vara da Comarca de

Proc. nº

Ação: Execução Fiscal

Recorrente: ANDRÉ

Recorrido: MUNICÍPIO

RAZÕES RECURSAIS

I – DA EXPOSIÇÃO DO FATO E DO DIREITO

Conforme se vislumbra dos autos, trata-se de ação de execução fiscal movida pelo Município, ora recorrido, em face do executado, ora recorrente, para recebimento de valo-

res supostamente por ele devidos. Tendo em vista que o recorrente não dispõe de recursos para arcar com o patrocínio privado de sua causa, foi assistido pela Defensoria Pública do Estado da Bahia.

No curso do processo, o recorrente, através da Defensoria Pública, opôs embargos à execução fiscal quarenta e cinco dias após ele ter sido pessoalmente intimado, requerendo expressamente a condenação do recorrido ao pagamento de honorários advocatícios.

O julgador de primeiro grau, no entanto, julgou intempestivos os embargos à execução fiscal, destacando que foram opostos quarenta e cinco dias após a intimação pessoal do executado, e considerou descabido o pedido de condenação do município ao pagamento de honorários advocatícios.

O Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, ao julgar o recurso interposto pelo recorrente, confirmou a decisão impugnada, sob o fundamento de que, conforme o disposto no art. 16 da Lei nº 6.830/1980, a oposição de embargos à execução fiscal, no prazo de 30 dias, dirige-se à parte, e não ao seu advogado, razão pela qual seriam intempestivos os embargos opostos 45 dias após a intimação, visto que a defensoria não teria direito à contagem do prazo em dobro.

O tribunal também afastou qualquer possibilidade de condenação do município ao pagamento de honorários advocatícios, ressaltando não ter a defensoria pública o direito à parcela. Foram opostos embargos de declaração com o objetivo de prequestionar a matéria infraconstitucional, os quais foram rejeitados após julgamento.

II – DO CABIMENTO DO RECURSO

Inicialmente, o recorrente reafirma não possuir condições de arcar com o pagamento das custas e honorários advocatícios. Desta feita, ante a sua qualidade de hipossuficiente ora declarada, deixa de preparar o presente recurso, conforme estabelecido nos termos do art. 99, §7º, do CPC.

Por outro lado, o presente recurso é tempestivo, pois foi apresentado dentro do prazo de 15 dias, contados em dobro (art. 186 do CPC) a partir da data da intimação do recorrente do acórdão recorrido, que ocorreu em (fls.).

A questão objeto do recurso, por seu turno, apresenta evidente violação da legislação federal (arts. 85 e 186 do CPC; art. 44, I, da Lei Complementar nº 80/94; e art. 16 da Lei nº 6.830/1980), bem como da jurisprudência consolidada nos tribunais superiores, aos moldes do art. 105, "a" e "c", da CRFB.

O tema, inclusive, foi objeto de prequestionamento expresso, nos termos do art. 1.025 do CPC, em sede de embargos de declaração, como se pode verificar de fls., sem contudo ser devidamente apreciado pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

III – DAS RAZÕES PARA INVALIDAÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA

Versa o presente Recurso Especial sobre flagrante violação à Lei Federal, mais especificamente ao Código de Processo Civil (arts. 85 e 186); art. 44, I e XXI, da Lei Complementar nº 80/1994; e art. 16 Lei nº 6.830/1980, que dispõem sobre a contagem dos prazos processuais

quando a causa é patrocinada pela Defensoria Pública, bem como ao direito de receber honorários sucumbenciais.

No caso vertente, o recorrente apresentou embargos à execução fiscal dentro do prazo previsto no art. 16 da Lei nº 6.830/1980, contado em dobro, nos termos previstos no art. 186 do CPC e no art. 44, I da Lei Complementar nº 80/1994. Além disso, postulou pela condenação do recorrido ao pagamento dos honorários sucumbenciais, nos termos do art. 85 do CPC e do art. 44, XXI, da Lei Complementar nº 80/1994.

Ainda assim, não apenas os embargos executivos foram rejeitados, por intempestivos, sob o argumento de que tal prazo seria material, como também foi assinalado que não caberiam honorários sucumbenciais em favor da Defensoria Pública do Estado da Bahia por estar demandando contra ente público. Essa sentença foi alvo de recurso de apelação, sendo que o acórdão não promoveu alterações na decisão de primeiro grau. Apresentados os embargos de declaração, foram os mesmos rejeitados, preservando a decisão de piso. Contudo, merece ser anulado o acórdão recorrido, em razão da violação das normas federais vigentes, bem como sua interpretação pelos tribunais superiores.

Com efeito, não poderia o julgador de primeiro grau ter analisado eventual condenação sucumbencial se proferiu sentença liminar de inadmissibilidade. Nesse sentido, a manifestação é nula, pois integra elemento afeto ao mérito, que não foi julgado.

Ainda assim, a manifestação sobre a questão sucumbencial é equivocada, na medida em que a Defensoria Pública é órgão dotado de autonomia funcional, administrativa e orçamentária, nos termos do art. 134, §3º, da CRFB e do art. 2º da Lei Complementar nº 80/1994. De modo que é equivocada a tese que sustenta a existência de confusão entre a Defensoria Pública e o ente público.

De qualquer forma, mesmo que se tome a tese da confusão como correta, ela seria aplicável apenas quando a Defensoria Pública estivesse litigando contra o ente público ao qual ele faz parte, nos termos da Súmula 421 do STJ. No caso em tela, a Defensoria Pública estadual está litigando contra um município. Não há, entre eles, por óbvio, qualquer vinculação.

Portanto, a decisão sobre o descabimentos dos honorários sucumbenciais, além de nula, é inadequada, merecendo ser expressamente cassada por violar a regra contida no art. 85 do CPC e no art. 44, XXI, da Lei Complementar nº 80/1994, bem como aplicar indevidamente a tese jurídica contida na Súmula 421 do STJ.

No que tange ao prazo para apresentação dos embargos, melhor sorte não assiste ao julgado recorrido. De fato, o prazo para oferecimento de defesa, seja ela incidental ou por meio de ação autônoma, é essencialmente processual. O seu objetivo é oportunizar a prática de um ato processual (e não material). Somente se pode falar em atos materiais naquilo que lhe é conexo, ou seja, no oferecimento de garantias à execução (art. 16 da Lei nº 6.830/1980). Mas a apresentação de embargos, em si, é ato inequivocamente processual.

Além disso, é preciso considerar que o oferecimento de embargos executivos é ato privativo da defesa técnica, que não pode ser praticado diretamente pela parte, exceto se ele tiver formação jurídica e estiver atuando em causa própria. Em se tratando de parte

assistida pela Defensoria Pública, não há que se cogitar tal possibilidade, levando necessariamente à conclusão de que o ato deve ser praticado pelo Defensor Público.

Logo, não há fundamentos para afastar a regra contida no art. 186 do CPC, que reproduz a mesma regra prevista no art. 4º, I, da Lei Complementar nº 80/1994, que determina a contagem em dobro dos prazos para a manifestação da Defensoria Pública. É preciso sublinhar, ainda, que o oferecimento dos embargos executivos no caso em tela ocorreu dentro do prazo previsto no art. 16 da Lei nº 6.830/1980 (30 dias), contado em dobro.

A conclusão que se chega é que também a decisão que desconheceu dos embargos, por intempestivos, deve ser cassada. Importante destacar que o próprio Superior Tribunal de Justiça, de forma uníssona, tem fulminado decisões semelhantes proferidas pelos tribunais do país.

IV – DA CONCESSÃO DO EFEITO SUSPENSIVO

Diante da presença dos requisitos legais gerais (fumus boni iuris e periculum in mora), pugna-se pela obtenção de um provimento cautelar-suspensivo, determinando a paralisação da execução fiscal movida contra o recorrente, nos termos do art. 1.029, §5º, do CPC. É conveniente que a execução suste seu passo para não causar ao recorrente prejuízo grave e de difícil reparação, decorrentes de uma eventual penhora.

V – DO PEDIDO

Pelo exposto, requer:

1. a concessão da gratuidade de justiça à tramitação deste recurso;

2. a admissão desse recurso;

3. a concessão do efeito suspensivo, para evitar o prosseguimento da execução, com a expropriação do patrimônio do Recorrente;

4. a intimação do Recorrido para, querendo, apresentar suas contrarrazões, no prazo de 15 dias, na forma do art. 1.030 do CPC;

5. a remessa dos autos ao egrégio STJ, findo o prazo mencionado, com ou sem as contrarrazões;

6. o acolhimento deste recurso para cassar o acórdão recorrido, no sentido de invalidar integralmente o r. Acórdão exarado pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, determinando o recebimento da ação de embargos à execução fiscal em epígrafe, bem como assegurando a eventual condenação em honorários sucumbenciais em favor da Defensoria Pública do Estado da Bahia;

7. a condenação do recorrido nos ônus sucumbenciais da fase recursal.

Nestes termos,

Pede Deferimento.

Local, data.

Defensor Público

Matrícula

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

Súmula 421 do STJ: Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença.

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. DEFENSORIA PÚBLICA. PRAZO EM DOBRO. ART. 44, I DA LC 80/94. AGRAVO DO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE/MG DESPROVIDO. 1. O prazo para o ajuizamento de Embargos à Execução deve ser contado em dobro no caso em que a parte é representada pela Defensoria Pública, consoante disposição do art. 44, I da LC 80/94. 2. Agravo Regimental do Município de Belo Horizonte/MG a que se nega provimento" (STJ – 1º Turma – AgRg no AREsp 141.859/MG – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 02/09/2014)

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. DEFENSORIA PÚBLICA. PRAZO. CONTAGEM EM DOBRO. 1. A disciplina da contagem em dobro do prazo aos defensores públicos aplica-se aos embargos à execução fiscal, uma vez que as normas que conferem essa prerrogativa – Lei nº 1.060/1950 e Lei Complementar nº80/1994 – não fazem qualquer ressalva a respeito. 2. Recurso especial provido" (STJ – 2º Turma – REsp 1100811/PR – Rel. Min. Castro Meira, j. em 12/05/2009)

"POSSIBILIDADE DE PAGAMENTO DE HONORÁRIOS, PELO MUNICÍPIO, À DEFENSORIA PÚBLICA ESTADUAL, NOS TERMOS DA SÚMULA 421/STJ. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (...) IV. É possível a condenação do Município de Dourados/MS ao pagamento de honorários sucumbenciais em favor da Defensoria Pública, na medida em que esta pertence ao Estado do Mato Grosso do Sul, pessoa jurídica diversa da Municipalidade, nos termos do que dispõe a Súmula 421 do STJ: "Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença".V. Recurso Especial provido" (STJ – 2º Turma – REsp 1516565/ MS – Rel. Min. Assusete Magalhães, j. em 17/03/2015)

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

DIDIER JUNIOR, Fredie; SOUZA, José Augusto Garcia de (coords.) Repercussões do Novo CPC, Vol. V (Defensoria Pública). Salvador: Juspodivm.

ESTEVES, Diogo do Couto; SILVA, Franklyn Roger Alves. Princípios Institucionais da Defensoria Pública. Rio de Janeiro: Forense.

GABARITO DA BANCA EXAMINADORA:

- Gabarito: 1- Apresentação e estrutura textual (legibilidade, respeito às margens e indicação de parágrafos). 2- Desenvolvimento do tema. 2.1 – Recurso especial, com fundamento no art. 105, III, "a", da CF, endereçado ao presidente do tribunal local, com a remessa dos autos ao STJ. 2.2- Direito à contagem do prazo em dobro: referência ao art. 44, I, da LC 80/94; alegação de ofensa ao art. 5º, p. 5º, da Lei 1.060/50, com redação da Lei 7.871/89. 2.3- Direito aos honorá-

rios advocatícios: ausência de caracterização do instituto da confusão, entes federativos distintos.
2.4- Pedido de reconhecimento da tempestividade e da condenação em honorários advocatícios.

PEÇA PROCESSUAL PENAL

ALEGAÇÕES FINAIS

DPE/AL - 2003 - CESPE

PEÇA PROCESSUAL PENAL - Em 5 de outubro de 2001, às 19h30 min, Maria Virgínia, brasileira, estudante, nascida aos 10 de março de 1980, estacionou seu veículo em frente ao prédio onde funciona a Biblioteca Central da Universidade Federal de Alagoas, em Maceió – AL, quando foi abordada por Marcelo, seu ex-namorado, que, de posse de uma arma de fogo, obrigou-a a adentrar o veículo pertencente a ele, levando-a, em seguida, até um lote baldio. Ameaçando-a com a arma de fogo, Marcelo despiu-a e consumou conjunção carnal. Após tal ato, determinou que Maria Virgínia descesse do carro, dizendo a ela que, caso tomasse qualquer medida contra ele, a mataria. Maria Virgínia, aterrorizada, não contou o fato aos seus familiares ou amigos. Em virtude da agressão sofrida, a vítima engravidou, razão pela qual procurou orientação junto a um advogado e decidiu processar criminalmente Marcelo. O representante legal da vítima compareceu ao Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas e apresentou a queixa, em 10/6/2002, contra Marcelo, imputando-lhe a prática do crime de estupro, tipificado no art. 213 do Código Penal ("Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça."). O magistrado recebeu a queixa e designou o interrogatório, determinando a citação do réu e a notificação do Ministério Público (MP). O oficial de justiça compareceu ao endereço do réu, constante no processo, porém, não o encontrou, em razão de o mesmo encontrar-se recolhido a estabelecimento carcerário da Secretaria de Segurança Pública em Maceió – AL, em virtude de sua prisão em flagrante pelo crime de roubo, perpetrado naquela cidade, dias antes. A citação de Marcelo foi realizada por edital, tendo ele comparecido ao juízo na data designada para o interrogatório e confessado a autoria da infração penal perante a autoridade judiciária. Ao final do interrogatório, foi-lhe nomeado defensor público, por não possuir recursos para constituir um advogado, porém, o defensor não foi intimado para apresentar defesa prévia, tendo o tríduo legal passado in albis. Na fase do art. 499 do Código de Processo Penal, juntou-se aos autos a folha de antecedentes do réu. A seguir, em sede de alegações finais, o MP requereu a procedência da pretensão punitiva, requerendo a condenação do réu. Em face da situação hipotética acima apresentada e na qualidade de defensor público do Estado de Alagoas, elabore peça jurídica apropriada ao caso, abordando todos os aspectos de direito que considerar pertinentes, inclusive possíveis nulidades verificadas no decorrer do processo, sempre em defesa do réu.

DIRECIONAMENTO DA RESPOSTA:

A questão exige a elaboração da última peça de defesa antes de a sentença ser proferida, qual seja, as alegações finais previstas no art. 403, §3º, do CPP, na forma de memoriais. Apesar de a questão ter sido elaborada no ano de 2003, a resposta sugerida considerou a reforma operada pela Lei nº 12.015/09, que alterou diversos aspectos relacionados aos crimes contra a dignidade sexual. Passemos então à peça processual.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

EXMO SR DR JUIZ DE DIREITO DA __ VARA CRIMINAL DA COMARCA DE ___ DO ESTADO DE ALAGOAS

Processo n°

MARCELO, já qualificado nos autos do processo em epígrafe, vem pelo Defensor Público em atuação neste Juízo, na forma do art. 403, §3º, do CPP apresentar

ALEGAÇÕES FINAIS

aduzindo para tanto o seguinte:

1-DOS FATOS

Trata-se de queixa-crime oferecida em face do acusado pela suposta prática do delito tipificado no art. 213 do CP. Consta na exordial que, no dia 05/01/2001, o acusado, livre e conscientemente, praticou conjunção carnal com a Maria Virgínia mediante grave ameaça exercida através de emprego de arma de fogo.

Como será demonstrado, não merece ser acolhida a pretensão ministerial.

2-DO DIREITO

2.1- DA PREJUDICIAL DE MÉRITO. DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA DECADÊNCIA.

Os fatos narrados pelo querelante ocorreram no dia 05 de outubro de 2001, sendo certo que a queixa crime foi ajuizada apenas em 10 de junho de 2002, ou seja, oito meses após os fatos. Ocorrido o crime de ação penal privada, nasce para o querelante a oportunidade de exercer seu direito de ação, que deve ser feito, no entanto, dentro de determinado lapso temporal, sob pena de decadência.

Importante salientar que se aplica, in casu, a regra do antigo art. 225 do CP, pois em se tratando de novatio legis in pejus, a nova lei não deverá retroagir em relação aos fatos ocorridos antes da reforma de 2009, na forma do art. 5º, XL, da CRFB. Dessa forma, como o fato foi cometido contra maior de 18 anos e sem violência real, afasta-se a aplicação da súmula 608 do STF, sendo a ação penal privada, submetendo-se, por conseguinte, ao instituto da decadência.

Assim, ultrapassado o prazo de seis meses previsto no art. 38 do CPP, operou-se a decadência do direito de ação, devendo ser declarada extinta a punibilidade do Réu, nos termos do art. 107, IV, do CP.

2.3- DA NULIDADE DO PROCESSO POR ILEGITIMIDADE ATIVA.

Da análise dos autos é possível constatar que a vítima possuía 20 anos à época dos fatos e 21 anos quando a queixa-crime foi ajuizada. Não obstante, a ação foi proposta por seu representante legal quando já ultrapassada a denominada legitimidade concorrente entre este e a vítima, sendo apenas esta última a parte legítima para deflagrar a presente ação penal.

Assim, o ato padece de nulidade absoluta, diante da flagrante ilegitimidade ativa, conforme art. 564, II, do CPP.

2.4- DA NULIDADE DO PROCESSO POR AUSÊNCIA DE CITAÇÃO VÁLIDA.

Conforme cediço, a Constituição consagrou em seu art. 5º, LV, a garantia do contraditório e da ampla defesa, que exige, além da paridade de armas no processo, o conhecimento das partes acerca de todos os atos e decisões judiciais, bem como a oportunidade de produção de provas.

Assim, só é possível se efetivar o devido processual legal, princípio também reconhecido constitucionalmente, quando houver respeito às mínimas garantias conferidas às partes. Nesse viés, a forma pela qual a parte tomará conhecimento de determinado processo ou ato processual é através de sua citação ou intimação, sendo que a regra é a pessoalidade deste ato, ressalvados os casos excepcionais.

Ocorre que compulsando os autos é possível verificar que o acusado foi citado por edital em razão de o oficial de justiça não ter obtido êxito na tentativa de localização no endereço fornecido no processo. Não obstante, foi constatado que o réu se encontrava no estabelecimento carcerário da Secretaria de Segurança Pública em Maceió/AL, razão pela qual é do Estado o dever de citá-lo pessoalmente no local, notadamente por se tratar da mesma unidade da Federação deste juízo.

Em não sendo feita a citação pessoal, o processo padece de nulidade absoluta, nos exatos termos da Súmula 351 do STF: "É nula a citação por edital de réu preso na mesma unidade da Federação em que o juiz exerce a sua jurisdição". Com efeito, o processo deve ser declarado nulo ab initio.

2.4- DA NULIDADE DO PROCESSO POR OFENSA À AMPLA DEFESA

É nula a ação penal também pelo fato de o Defensor do acusado só ter sido constituído ao final do interrogatório do réu, não havendo sequer resposta prévia no processo. Como é cediço, a ampla defesa abarca a autodefesa e também a defesa técnica, sendo consagrado pela Convenção Americana de Direitos Humanos o direito de o acusado ser defendido por advogado ou defensor público.

Ademais, não houve a apresentação da resposta prévia do acusado, peça esta imprescindível, que deve ser elaborada pela defesa técnica, sob pena de nulidade absoluta, nos exatos termos da súmula 523 do STF: "No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu".

Ausente o defensor público, torna-se nulo, por consequência, o interrogatório do acusado realizado às fls., já que o Código de Processo Penal exige que este ato seja feito na presença de seu defensor, nomeado ou constituído, de acordo com o disposto em seu artigo 185.

Por conseguinte, a confissão feita pelo acusado em juízo também padece do vício de nulidade, diante da ausência de orientação técnica para a realização de ato processual de suma importância no processo, consistente na apresentação de sua versão acerca dos fatos, podendo exercer, no entanto, o direito constitucional de permanecer em silêncio, previsto no art. 5º, LXIII, da CRFB, sem que isto possa ser utilizado em seu desfavor.

Cabe salientar que o referido direito também é consagrado na seara dos direitos humanos, notadamente na Convenção Americana de Direitos Humanos: "8.2.Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada".

Assim, diante da ausência de defesa técnica ao longo de toda a fase instrutória, imperioso o reconhecimento da nulidade absoluta do processo.

2.5- DA NULIDADE DO PROCESSO POR VIOLAÇÃO À ORDEM PROCESSUAL.

No caso dos autos, ao receber a queixa crime, foi designado o interrogatório do acusado, em desrespeito ao procedimento previsto nos artigos 396-A e seguintes do CPP, notadamente em razão de o interrogatório do acusado ser obrigatoriamente o último ato da instrução processual.

Cabe salientar que o rito a ser observado no caso do crime de estupro é o rito ordinário, pelo que deve ser aplicado o art.400 do CPP, que estabelece que o acusado será ouvido ao final do processo. Isto porque, muito além de ser meio de prova, o interrogatório do réu é considerado meio de defesa (na modalidade autodefesa), oportunidade em que ele poderá apresentar a sua versão dos fatos, após o conhecimento de todas as provas produzidas ao longo da exordial.

A jurisprudência, inclusive, é pacífica no sentido de que a inversão da ordem apontada acarreta nulidade absoluta do processo por ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

3- DA FRAGILIDADE PROBATÓRIA

Ao final da instrução criminal, não restaram comprovados os fatos narrados na queixa crime, senão vejamos. Conforme já destacado, a confissão do acusado padece do vício de nulidade por ausência da defesa técnica no momento, razão pela qual não pode ser utilizado para a prolação de um decreto condenatório.

Temos, unicamente, a palavra da vítima acerca dos fatos, mas é inadmissível qualquer condenação com base na palavra da vítima, que, tanto quanto o denunciado, tem manifesto interesse no resultado final do processo, já que se encontra emocionalmente vinculado ao fato.

Para a deflagração da ação penal basta que existam indícios de autoria e prova da materialidade. No entanto, para que haja uma condenação, é imprescindível que haja prova inequívoca de que o Réu seja realmente o autor do fato e de que o fato constitua crime, preenchidas todas as elementares.

A condenação só deve ocorrer diante de um juízo de certeza da prática do ato infracional e, em caso de dúvida, impõe-se a aplicação do in dubio pro reo, com a consequente absolvição do acusado, nos termos do art. 386, VII, do CPP.

4-TESE SUBSIDIÁRIA (PRINCÍPIO DA EVENTUALIDADE): DA DOSIMETRIA PENAL.

Caso este Juízo não acolha os pleitos feitos anteriormente, vindo a julgar procedente a pretensão punitiva estatal (o que se considera em homenagem ao princípio da eventualidade), requer a Defesa seja realizada a dosimetria da pena pautada no que adiante se expõe.

Na primeira fase da aplicação da pena, sendo-lhe favoráveis todas as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, deve a pena-base ser aplicada no patamar mínimo legal. Na segunda fase da dosimetria, cabível a aplicação da atenuante prevista no art. 65, III, "d", do CP, porquanto o acusado confessou a prática delitiva.

Saliente-se, in fine, que apesar da Súmula 231 do STJ, as atenuantes, por incidência do princípio do favor rei e pela ausência de vedação legal, possuem o poder de modificar a pena para aquém do mínimo legal, uma vez que o art. 65 do CP determina que as circunstâncias ali previstas sempre atenuam a pena.

Com relação ao regime de pena, este deve considerar os aspectos qualitativos e quantitativos, nos termos do art. 33, §§2º e 3º, do CP, não podendo o magistrado se olvidar que deve analisar cada caso concretamente, de modo a cumprir o comando constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CRFB). Por tal razão, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou ser inconstitucional a imposição de regime inicial fechado para cumprimento de pena por aqueles apenados pela prática de crimes hediondos e equiparados, cabendo ao juiz sentenciante aplicar o regime em consonância com o artigo 33 do CP. Nesse sentido, também são os enunciados 718 e 719 da súmula de jurisprudência predominante do E. Supremo Tribunal Federal.

Assim, seguindo a orientação do STF, requer a Defesa que este juízo aplique o regime inicial semiaberto para início do cumprimento da reprimenda, sendo este o adequado e necessário para o caso em tela, de acordo com o artigo 33, § 2º, "b", do CP.

5- DOS PEDIDOS

Ante o exposto, a Defesa do acusado vem requerer:

(i)a extinção da punibilidade do agente, com fulcro no art. 107, IV, do CP;

(ii)seja declarada a nulidade absoluta do processo, nos termos do arrazoado;

(iii) no mérito, requer seja o acusado absolvido, com fulcro no art. 386, VII, do CPP;

(iv)subsidiariamente, caso este d. Juízo entenda pela condenação do acusado, que a dosimetria observe a necessária aplicação da pena-base no mínimo legal, em conformidade com o artigo 59 do CP, devendo ser aplicada a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do CP, sendo fixado o regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda.

Termos em que, pede deferimento.

Local e data.

Defensor Público.

Matrícula

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

Aury Lopes Júnior. " Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional, 7ª ed., volume 1, p. 211/213, 391).

Fernando Capez, "Curso de Processo Penal", 8ª edição, da Editora Saraiva.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

Súmula 608 do STF: No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada.

PROCESSUAL PENAL. INTERROGATÓRIO NAS AÇÕES PENAIS ORIGINÁRIAS DO STF. ATO QUE DEVE PASSAR A SER REALIZADO AO FINAL DO PROCESSO. NOVA REDAÇÃO DO ART. 400 DO CPP. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – O art. 400 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.719/2008, fixou o interrogatório do réu como ato derradeiro da instrução penal. II – Sendo tal prática benéfica à defesa, deve prevalecer nas ações penais originárias perante o Supremo Tribunal Federal, em detrimento do previsto no art. 7º da Lei 8.038/90 nesse aspecto. Exceção apenas quanto às ações nas quais o interrogatório já se ultimou. III – Interpretação sistemática e teleológica do direito. IV – Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, AP 528-DF, Rel. Min. Ricardo Lewansowski, j. 24/03/2011).

Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida. HC 111840/ES;

O juiz tem poder discricionário para fixar a pena-base dentro dos limites legais, mas este poder não é arbitrário, porque o caput do art. 59 do Código Penal estabelece um rol de oito circunstâncias judiciais que devem orientar a individualização da pena-base, de sorte que, quando todos os critérios são favoráveis ao réu, a pena deve ser RELACIONADA no mínimo cominado. (STF, HC 76196-GO, 2ª Turma, rel. Maurício Correa, 29.09.1998).

EMBARGOS INFRINGENTES

DPE/BA - 2010 - CESPE

PEÇA PROCESSUAL PENAL -Os amigos Abel, Braz, Caio e Diego, nascidos em Porto Seguro – BA, ficaram órfãos quando ainda eram crianças e, para ajudar nas despesas de suas respectivas famílias, extremamente pobres, cuidavam de uma barraca de venda de capeta, localizada na chamada passarela do álcool, local de grande movimento de turistas em Porto Seguro. Com a valorização da moeda nacional, diversos turistas nacionais deixaram

de visitar o Nordeste brasileiro, preferindo conhecer outros países, o que ocasionou o declínio do negócio de venda de bebidas dos referidos amigos. A pequena cidade litorânea, apesar de belíssima, não oferecia aos jovens razoáveis oportunidades de estudo e emprego, razão pela qual, ainda adolescentes, se mudaram para a capital, Salvador, onde acreditavam poder encontrar melhores oportunidades de vida. Dispondo de poucos recursos financeiros, os jovens fixaram residência no pobre e violento Bairro da Paz, alugando, em novembro de 2010, um pequeno quarto nos fundos de um cortiço administrado por Eurico. Nessa época, Abel, Braz e Caio estavam com 18 anos de idade e Diego, com 16. Os quatro amigos, que não conseguiam emprego e passavam fome, pediram alimento e abrigo. Sabendo da história de vida dos quatro amigos, Fábio, um dos comandantes do tráfico de drogas no Bairro da Paz, que também importava irregularmente, por meio de vôos comerciais de companhias aéreas brasileiras, bebidas do Paraguai para serem trocadas por crack, ofereceu a cada um deles R$ 500,00 para que efetuassem uma entrega da droga na periferia de Salvador. Sem opção, os quatro amigos, que haviam se tornado viciados em álcool e crack, aceitaram a proposta e cumpriram sua parte no acordo com Fábio e em operação realizada pela polícia civil no Bairro da Paz, em 5/12/2010, foram surpreendidos portando duas garrafas de uísque e substância supostamente entorpecente. Os quatro confessaram a prática dos fatos contra eles imputados perante a autoridade policial, declarando-se viciados e confirmando que portavam, no dia da operação, duas garrafas de uísque e crack, mercadorias que, fornecidas por um homem de nome Fábio, serviriam, segundo eles, para consumo próprio. O policial chefe da operação, em testemunho, afirmou que os quatro rapazes portavam, cada um, cerca de um grama de uma "pedra suja", cuja natureza não soube precisar, e que o material fora por ele apreendido e entregue ao núcleo de perícias da polícia civil. Esclareceu, ainda, o policial que a operação no Bairro da Paz fora precedida de interceptação telefônica com duração de dois anos, cujas prorrogações de prazo eram deferidas automaticamente, pelo juiz, a cada trinta dias. Negado o pedido de liberdade provisória dos réus, Abel, Braz e Caio foram conduzidos ao presídio estadual e Diego, à Vara da infância e da juventude. Determinada a realização de exame toxicológico nos indiciados, o laudo pericial foi conclusivo na constatação de que Abel e Braz, em razão da dependência da substância entorpecente, eram, ao tempo do crime, inteiramente incapazes de entender o caráter ilícito do fato delituoso. Em relação a Caio, a perícia concluiu que, em razão da dependência, ao tempo da ação delituosa, o réu não possuía a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato. O laudo pericial produzido por um perito não oficial atestou que a substância apreendida assemelhava-se ao resíduo de cocaína popularmente conhecido como crack. Constatou-se, ainda, que os indiciados não se dedicavam às atividades criminosas nem integravam a organização comandada por Fábio. As garrafas de uísque apreendidas foram avaliadas em R$ 165,00. Relatado o inquérito policial, os autos foram encaminhados à primeira vara criminal estadual da capital baiana. Aberta vista ao Ministério Público, Abel, Braz e Caio foram denunciados pela prática conexa dos delitos de tráfico ilícito de substância entorpecente (art. 33, § 1º, I, c/c art. 40, VI, da Lei nº 11.343/2006, c/c art. 61, II, h, do CP), descaminho (CP, art. 334, caput, e § 3º); formação de quadrilha (CP, art. 288, caput, c/c art. 8º, da Lei nº 8.072/1990) e pelas condutas típicas descritas nos artigos 243, caput, e 244-B, caput e § 2º, da Lei nº 8.069/1990, tudo em concurso material (CP, art. 69).Em seus interrogatórios em juízo, os réus foram uníssonos em negar os fatos contra eles imputados, afirmando que confessaram perante a autoridade policial porque foram torturados e obrigados a fazê-lo. Confirmaram, no entanto, que conheciam Fábio e que ele desenvolvia ações ilícitas no Bairro da Paz, tendo essas informações sido decisivas para a identificação e prisão

do comandante do tráfico no bairro da Paz, além da apreensão de diversas mercadorias ilícitas. Juntadas aos autos suas fichas de antecedentes criminais, verificou-se que não constava nenhuma anotação, em âmbito policial ou judicial, em desfavor dos réus. Não foram ouvidas testemunhas em juízo, e nenhuma outra diligência foi requerida pela autoridade judicial ou pelas partes. Finalizada a tramitação processual pelo rito da Lei nº 11.343/2006, os réus foram condenados, em concurso material, às seguintes sanções: 1) pena-base de 8 anos de reclusão e 800 dias-multa (Lei nº 11.343/2009, art. 33, § 1º, I), tendo sido a multa fixada no valor unitário de um salário mínimo; agravada para 9 anos de reclusão e 900 dias-multa, com base no art. 61, II, h, do CP; e aumentada para 12 anos de reclusão e 1.200 dias-multa pela incidência de causa especial de aumento prevista no art. 40, VI, da lei especial; 2) pena-base de 2 anos de reclusão (CP, art. 334, caput), aumentada para 4 anos pela incidência da causa especial de aumento prevista no § 3º desse mesmo dispositivo legal; 3) pena-base de 4 anos de reclusão (CP, art. 288, caput, c/c art. 8º da Lei 8.072/1990); 4) pena-base de 3 anos de detenção e 100 dias-multa (Lei 8.069/1990, art. 243, caput), tendo sido a multa fixada no valor unitário de um salário mínimo; e 5) pena-base de 3 anos de reclusão, (Lei nº 8.069/1990, art. 244-B, caput); aumentada para 4 anos pela incidência da causa especial de aumento prevista no § 2º desse mesmo dispositivo legal. As referidas penas restaram definitivas, visto que o magistrado sentenciante não vislumbrou nenhuma outra circunstância agravante ou atenuante e(ou) causa de aumento ou diminuição de pena, tendo, na fixação das penas-base, o juiz considerado extremamente reprovável a conduta de os réus portarem bebida alcoólica e substância supostamente entorpecente na companhia de um menor. Por fim, ressaltou que a interceptação telefônica, a oitiva do policial chefe da operação no Bairro da Paz, a perícia e a confissão dos réus no âmbito policial eram provas suficientes a embasar a condenação. Manejado recurso de apelação, a defesa questionou todos os pontos juridicamente possíveis, e o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJBA), por maioria, negou provimento ao apelo, tendo o desembargador-revisor, que restou vencido, votado pelo total acolhimento da pretensão recursal. Realizadas as intimações necessárias, o advogado dativo que até então defendera os réus renunciou ao encargo, razão pela qual os autos foram encaminhados, por remessa, em 3 de janeiro de 2011 (segunda-feira), à defensoria pública daquele estado, para patrocinar os interesses dos réus. Com base na situação hipotética apresentada, na qualidade de defensor público designado para o caso, apresente, em favor dos réus, a peça processual adequada, diversa de habeas corpus e devidamente fundamentada na legislação, na doutrina e(ou) na jurisprudência, considerando que não há, no acórdão do TJBA, ambigüidade, obscuridade, contradição ou omissão. Alegue toda a matéria de direito processual e material pertinente à defesa. Dispense a narrativa dos fatos e não crie fatos novos, tomando por verdadeiros aqueles narrados na situação. Date a peça no último dia do prazo previsto para a defensoria pública e considere todos os períodos de segunda-feira a sexta-feira dias de expediente forense regular.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

EXMO. SR. DESEMBARGADOR RELATOR DA CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA

Processo nº

ABEL, BRAZ e CAIO, já qualificados nos autos da Apelação Criminal veiculada contra a sentença proferida pelo juízo criminal da comarca de Salvador vêm, por intermédio da De-

fensoria Pública do Estado da Bahia, interpor, com fundamento no art. 609, parágrafo único, do CPP, EMBARGOS INFRINGENTES, conforme razões anexas.

Recebido o presente recurso e distribuído ao colegiado julgador, espera a intimação da parte contrária para apresentação de contrarrazões e da Defensoria Pública por ocasião da sessão de julgamento, nos termos do art. 128, I, da LC nº 80/94.

Salvador, 24 de janeiro de 2011.

Defensor Público

Matrícula

RAZÕES DE EMBARGOS INFRINGENTES

Processo n.

Recorrente: Abel, Braz e Caio

Recorrido: Ministério Público

Egrégio Tribunal,

Doutos julgadores

I – SÍNTESE DOS FATOS

(dispensado pelo enunciado)

II – DA TEMPESTIVIDADE E DO CABIMENTO

Tendo em vista a intimação da Defensoria Pública em 03/01/2011 (segunda-feira) e o prazo de interposição se encerrar no dia 23/01/2011 (domingo), o presente recurso é tempestivo, por ter sido interposto no dia 24/01/2011 (segunda-feira), nos termos do art. 128, I, da LC n. 80/94. Importante destacar ainda que a Defensoria Pública faz uso de sua prerrogativa de contagem em dobro dos prazos, de modo que o prazo de dez dias previsto no art. 609, parágrafo único, do CPP é dobrado.

Dito isto, o presente recurso foi interposto na forma adequada do art. 609, parágrafo único, do CPP e, por isso, atendidos estão os pressupostos da tempestividade, bem como a legitimidade (art.577, in fine, do CPP) e regularidade formal da interposição recursal.

Atendendo-se ao pressupostos de admissibilidade recursal (cabimento, legitimidade, regularidade formal) e inexistindo quaisquer fatos impeditivos ou extintivos, merece ser conhecido o presente recurso, pelo que passamos ao campo do juízo de mérito.

III – DA INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO

De início, impõe o reconhecimento da incompetência da Justiça Estadual para apreciação da ação penal em tela. O crime de descaminho (art. 334 do CP), na forma do Enunciado n. 151 da Súmula do STJ, é de competência da Justiça Federal. Uma vez firmada a

competência daquela justiça, ela também reúne todas as causas conexas, como determina o Enunciado n. 122, também do STJ.

Nesta linha de raciocínio, a Justiça Estadual da Bahia jamais poderia ter apreciado a ação penal e recursos dela decorrentes, devendo ser anulado todo o feito, na forma do art. 564, I, do CPP.

IV – DA NULIDADE DA SENTENÇA – FUNDAMENTAÇÃO COM SUPORTE NOS ELEMENTOS DA INVESTIGAÇÃO

A leitura da sentença nos permite extrair nulidade de sua fundamentação. Durante o curso da instrução processual não foram produzidos elementos de formação do convencimento, tendo o juízo lastreado seu julgamento nos depoimentos colhidos em sede de investigação.

Esta atitude macula o seu julgamento, se considerarmos que o art. 155 do CPP é expresso ao negar a possibilidade de uma sentença condenatória escorada exclusivamente nos elementos informativos do inquérito policial.

V – DA NULIDADE DA PROVA PRODUZIDA

A fase investigatória e a instrução processual evidenciaram três nulidades. Em primeiro lugar, apesar de a Lei nº 9.296/96 não estabelecer o prazo máximo de duração da interceptação telefônica, estabelece o seu art. 5º a duração autorizada por quinze dias, quando então torna-se necessária autorização judicial para prorrogação, ainda que em períodos sucessivos, o que não ocorreu no caso concreto, já que eram deferidas automaticamente pelo juiz a cada trinta dias.

Em segundo lugar, o laudo pericial foi produzido por um perito não oficial, atestando que a substância apreendida assemelhava-se ao resíduo de cocaína popularmente conhecido como crack. Aqui, evidente violação ao art. 159, §1º, do CPP, já que na falta de perito oficial, torna-se necessária a realização de perícia por duas pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior.

Por fim, em se tratando de concurso de crimes, incabível a aplicação do rito processual da Lei nº 11.343/06, sendo correta a aplicação do procedimento ordinário e de todas as vantagens nele presentes, especialmente a possibilidade de interrogatório ao final, nos termos do art. 400 do CPP.

VI – DA DESCLASSIFICAÇÃO DAS CONDUTAS

Inicialmente, falta demonstração da autoria quanto ao delito previsto no art. 244-B, caput e §2º da Lei nº 8.069/90, especialmente no que toca à inserção do adolescente na prática delituosa.

O porte das duas garrafas de uísque deve levar à insignificância do crime de descaminho, especialmente pelo seu reduzido valor. O STJ considera que o valor abaixo do crédito passível de inscrição em dívida ativa para fins de execução fiscal deve ser utilizado como parâmetro na seara penal.

Não havendo laudo regular a respeito da natureza da substância entorpecente, outra alternativa não resta que não seja a absolvição por ausência de materialidade, valendo acrescer o atual entendimento do STJ no sentido de que o laudo prévio de constatação não é capaz de embasar a condenação. A pouca quantidade de droga portada pelos recorrentes indica o uso próprio da substância, devendo a conduta ser desclassificada para o crime do art. 28 da Lei nº 11.343/06.

No entanto, caso mantida a imputação pelo tráfico, releva notar que a infração penal do art. 243 da Lei nº 8.069/90, imputada aos recorrentes, amolda-se, em verdade, ao art. 33, §1º, I, c/c art. 40, VI, da Lei nº 11.343/2006, devendo o art. 243 do ECA ser afastado sob pena de bis in idem

VII – DA DOSIMETRIA DA PENA

Da análise dos autos evidencia-se que os recorrentes não fazem jus à fixação da pena acima do mínimo legal. As circunstâncias judiciais do art. 59 do CP não militam em seu desfavor, sendo certo que caberia ao magistrado demonstrar a incidência de cada uma delas, o que não ocorreu no caso concreto.

Todos os Embargantes confessaram a conduta, também fazendo jus à atenuante do art. 63, V, "d". Apesar de terem negado a autoria em sede judicial, os embargantes reconheceram a prática da conduta delituosa durante a fase inquisitorial, inclusive, valorada pelo juízo em sua sentença, fazendo jus à redução em sua pena.

Abel, Braz e Caio possuíam menos de 21 anos na data do fato, o que lhes assegura a incidência da atenuante da menoridade prevista no art. 65, I, "d", do CP.

Do mesmo modo, a atenuante inominada do art. 66 do CP merece espaço no caso concreto, em virtude do fenômeno da co-culpabilidade. Os acusados eram órfãos e quando ainda crianças, cuidavam de uma barraca de venda para complementação da renda familiar. A pequena cidade litorânea onde viviam não oferecia aos jovens razoáveis oportunidades de estudo e emprego, razão pela qual se viram inseridos no contexto da conduta delituosa.

Sendo todos os agentes primários e de bons antecedentes, não se dedicando a atividades criminosas e nem integrando organizações criminosas, fazem eles todos jus à causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06.

Tendo os acusados contribuído para a elucidação da responsabilidade penal de Fábio, em autêntica delação, fazem jus à causa de diminuição de pena prevista no art. 8º, parágrafo único, da Lei nº 8.072/90.

Houve a realização de exame toxicológico nos recorrente e o laudo pericial foi conclusivo na constatação de que Abel e Braz, em razão da dependência da substância entorpecente eram, ao tempo do crime, inteiramente incapazes de entender o caráter ilícito do fato delituoso. Em relação a Caio, a perícia concluiu que, em razão da dependência, ao tempo da ação delituosa, o réu não possuía a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato. Nessa esteira, presente a causa especial de exclusão da culpabilidade em favor de Abel e Braz (art. 45, caput, da Lei nº 11.343/06) e a causa especial de diminuição da pena em favor de Caio (art. 46, caput, da Lei nº 11.343/06).

A causa de aumento de pena prevista no art. 334, §3º, do CP é incidente apenas na hipótese de voos clandestinos, nos termos da jurisprudência do STJ, o que não ocorreu no caso concreto, em que o transporte se dava em companhias aéreas regulares.

Por fim, tratando-se de conduta única com múltiplos resultados, mais adequado é o reconhecimento do concurso formal, na forma do art. 70, primeira parte, do CP.

VIII – CONCLUSÃO

Diante do exposto, requerem os Embargantes que sejam conhecidos e providos os presentes Embargos Infringentes para:

1 - Reconhecer a incompetência da Justiça Estadual, anulando-se o feito desde sua origem.

2 – Reconhecer a nulidade da sentença em virtude da fundamentação baseada em elementos da fase inquisitorial.

3 – Reconhecer a nulidade das provas produzidas na fase inquisitorial e da aplicação do rito processual inadequado.

4 – Absolver os acusados das imputações, nos termos da fundamentação.

5 – Redimensionar a pena nos termos da fundamentação;

Prequestiona, desde já, para fins de interposição de Recurso Especial e Extraordinário, os dispositivos legais indicados nas razões, requerendo a apreciação e debate quanto à aplicabilidade.

Salvador, 24 de janeiro de 2011.

Defensor Público

Matrícula

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

SÚMULA 151 DO STJ - A competência para o processo e julgamento por crime de contrabando ou descaminho define-se pela prevenção do juízo federal do lugar da apreensão dos bens.

SÚMULA 122 DO STJ - Compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, "a", do Código de Processo Penal.

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 155, § 4º, I, DO CÓDIGO PENAL. NULIDADE DO LAUDO PERICIAL POR NÃO TER SIDO REALIZADO POR PESSOAS PORTADORAS DE DIPLOMA DE CURSO SUPERIOR, CONFORME EXPRESSAMENTE EXIGIDO PELA NOVA REDAÇÃO DADA PELA LEI N.º 8.862/94 AO 159, § 1º, DO CPP. O art. 159, § 1º, do CPP, tendo em vista o advento da Lei n.º 8.862/94, exige que o exame pericial, não havendo peritos oficiais, seja realizado por duas pessoas idôneas e portadoras de diploma de curso superior. Recurso

provido. (STJ - REsp: 623386 RS 2004/0012326-5, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 02/12/2004, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 14.02.2005 p. 230)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DENÚNCIA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. MEDIDA FUNDAMENTADA. NULIDADE DA SENTENÇA. NÃO OCORRÊNCIA. SÚMULA N. 7 DO STJ. PRORROGAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. POSSIBILIDADE. SÚMULA N. 83 DO STJ. 1. O Tribunal de origem ao receber a denúncia, determinar a interceptação telefônica e proferir o acórdão, o fez de forma fundamentada e com base no acervo fático-probatório delineado nos autos. Incidência da Súmula n. 7 do STJ. 2. A jurisprudência desta Corte de Justiça há muito consignou que "o prazo de duração da interceptação telefônica pode ser seguidamente prorrogado, quando a complexidade da investigação assim o exigir, desde que em decisão devidamente fundamentada (...)." (RHC n. 28.794/RJ, Relatora Ministra Laurita Vaz, 5ª.T., DJe 16.3.2007). 3. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no AREsp: 94065 SC 2011/0300225-2, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 22/04/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/05/2014)

HABEAS CORPUS ALEGADA FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DO ATO DECISÓRIO QUE DETERMINOU A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA INOCORRÊNCIA DECISÃO QUE SE VALEU DA TÉCNICA DE MOTIVAÇÃO PER RELATIONEM LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DESSA TÉCNICA DE FUNDAMENTAÇÃO SUCESSSIVAS PRORROGAÇÕES DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA POSSIBILIDADE PERÍODO NÃO SUPERIOR A 15 (QUINZE) DIAS EM CADA RENOVAÇÃO PRECEDENTES PERSECUÇÃO PENAL E DELAÇÃO ANÔNIMA VIABILIDADE, DESDE QUE A INSTAURAÇÃO FORMAL DO PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO TENHA SIDO PRECEDIDA DE AVERIGUAÇÃO SUMÁRIA, COM PRUDÊNCIA E DISCRIÇÃO, DESTINADA A APURAR A VEROSSIMILHANÇA DOS FATOS DELATADOS E DA RESPECTIVA AUTORIA DOUTRINA PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (STF - HC: 121271 PE, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 13/05/2014, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-164 DIVULG 25-08-2014 PUBLIC 26-08-2014)

HABEAS CORPUS. PENAL. CONTRABANDO E DESCAMINHO. QUALIFICADORA. TRANSPORTE AÉREO. ART. 334, § 3º, DO CP. VOO REGULAR. APLICAÇÃO. DESCABIMENTO. PENA. REDUÇÃO. PRESCRIÇÃO. CONSUMAÇÃO. 1. É descabida a aplicação da qualificadora do art. 334, § 3º, do Código Penal quando a prática delitiva é realizada por meio de transporte aéreo regular, sendo justificada a incidência da majorante tão somente quando se tratar de voo clandestino. 2. Apesar do concurso material, no cálculo da prescrição, cada pena deve ser considerada individualmente, segundo a regra contida no art. 119 do Código Penal. 3. Fixada a reprimenda para cada delito em 1 ano e 6 meses, o prazo prescricional é de 4 anos (art. 109, V, do CP), lapso esse transcorrido entre a data dos fatos (8/4/1996) e o recebimento da denúncia, em 27/4/2001 (fl. 452), bem assim entre este marco interruptivo e a publicação da sentença, em 1º/9/2006. 4. Ordem concedida para excluir a qualificadora do art. 334, § 3º, do Código Penal, ficando as reprimendas reduzidas pela metade, bem como para declarar a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva estatal, nos termos do art. 107, IV, do Código Penal, determinando a expedição de alvará de soltura em favor do paciente, se por outro motivo não estiver preso. STJ - HC 148375 / AM – Data: 12/04/2012

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

AVENA, Norberto. Processo penal esquematizado. 4. Ed. São Paulo: Método. 2012.

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. Princípios institucionais da defensoria pública. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As nulidades no processo penal. 10. ed. São Paulo: RT, 2007

______. Recurso no processo penal: teoria geral dos recursos – recursos em espécie – ações de impugnação. S. ed. São Paulo: RT, 2007.

HAMILTON, Sergio Demoro. Estudos de processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LIMA, Marcellus Polastri. Curso de processo penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. Direito processual penal. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PRADO, Geraldo. Sistema acusatório. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Luiz Claudio; SILVA, Franklyn Roger Alves. Manual de processo e prática penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 29. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GABARITO DA BANCA EXAMINADORA:

- Gabarito: 1- Apresentação e estrutura textual (legibilidade, respeito às margens e indicação de parágrafos). 2- Desenvolvimento do tema. 2.1 – Recurso de embargos infringentes e de nulidade, com fundamento no art. 609, p. único, do CPP. 2.2 – Nulidades: competência da justiça federal (CPP, art. 564, I), conforme Súmulas 151/STJ e 122/STJ; sentença baseada apenas em provas produzidas em sede de inquérito policial (CPP, art. 155); rito processual inadequado; interceptação telefônica nula; prova pericial nula (CPP, art. 159, p. 1º). 2.3- Atipicidade do delito de quadrilha (CP, art. 288) / Ausência de autoria quanto ao delito previsto no art. 244-B, caput e p. 2º da Lei 8069/90 / Incidência do princípio da insignificância no delito de descaminho / Ausência de materialidade em relação ao delito de tráfico / desclassificação do crime de porte para consumo próprio / conduta descrita no art. 243, da Lei 8069/90, tipo subsidiário, configuração, em tese da prática do tipo previsto no art. 33, p. 1º, I, c/c art. 40, VI, da Lei 11.343/2006 / afastamento da conduta prevista no art. 243 do ECA, sob pena de bis in idem. 2.4 – Utilização de elementos das próprias condutas supostamente criminosas para majoração das penas-bases dos réus: bins in idem / circunstâncias judiciais favoráveis aos acusados (CP, art. 59), penas-bases (privativa de liberdade e pecuniária) a serem fixadas no mínimo legal. 2.5- Circunstâncias atenuantes: confissão espontânea (CP, art. 65, III, "d"); menoridade dos réus (CP, art. 65, I); co-culpabilidade (CP, art. 66) / Agravante: art. 61, II, h, do CP: bins in idem. 2.6 – Causa especial de redução de pena (Lei 11.343/06, art. 33, p. 4º) – Delação premiada (Lei 8072/90, art. 8º, p. único) / Causa de aumento de pena (CP, art. 334, p. 3º), incidente apenas na hipótese de vôos clandestinos / causa especial de exclusão da culpabilidade de Abel e Braz (Lei 11.343/06, art. 45, caput) / causa especial de redução da pena (Lei 11.343/06, art. 46, caput) para Caio/ Concurso formal (CP, art. 70, primeira parte). 2.7 – Pedido de conhecimento e provimento do recurso, com base nos seguintes parâmetros, em ordem sucessiva: 1) nulidade do processo, de competência da justiça federal (CF, art. 109, IV c/c CPP, art. 564, 1) rito processual inadequado e nulidade da sentença: prova produzida em sede de inquérito policial, mediante interceptação telefônica e prova pericial nulas; 2) absolvição dos réus; CPP, art. 386, III, IV, VII, em relação aos delitos de quadrilha e tráfico; ao crime de corrupção de menores; aos crimes de descaminho e ao previsto no art. 243 da Lei 8069/90, CPP, art. 386, VI, em relação a Abel e Braz (Lei 11.343/06, art. 45, caput); 3) fixação das penas-bases no mínimo legal (CP, art. 59); 4) reconhecimento de circunstâncias atenuantes: confissão espontânea (CP, art. 65, III, "d"), menoridade dos réus (CP, art. 65, I), e coculpabilidade; CP, art. 66); 5) reconhecimento de causas de diminuição de pena: Lei 11.343/06, art. 33, p. 4º, delação premiada (Lei 8072/90, art. 8º, p. único); Lei 11.343/06,

art. 46, caput. Para Caio; concurso formal (CP, art. 70, primeira parte); e 6) exclusão da causa especial de aumento da pena prevista no p. 3º do art. 334 do CP. 2.8- Prazo 24/01/2011.

DPE/MA - 2011 - CESPE

PEÇA PROCESSUAL PENAL - Antônio e Braz são irmãos gêmeos, nascidos em 1.º/1/1990, em Nova Iorque – MA, filhos de pequenos agricultores extremamente humildes. Em face da falta de oportunidades no citado município, cujos investimentos em educação eram insuficientes às necessidades da população, Antônio mudou-se, aos dezenove anos de idade, para São Luís – MA, acreditando que, na capital maranhense, conseguiria melhores condições de vida e teria a chance de ajudar financeiramente seus familiares. A sobrevivência de Antônio era garantida com a quantia de R$ 40,00, que seus pais lhe enviavam mensalmente. Antônio morou no banheiro do terminal rodoviário e fazia pequenos biscates para tentar juntar algum dinheiro. Após seis meses de grande sofrimento, período em que chegou inclusive a passar fome, Antônio decidiu retornar a sua terra natal e, não tendo dinheiro suficiente para pagar a passagem, resolveu subtrair dois relógios de uma loja instalada no terminal rodoviário, para vendê-los e, assim, obter a quantia de que necessitava. O estabelecimento comercial escolhido por Antônio pertencia a Carla, pessoa que ele conheceu assim que chegou a São Luís – MA. O plano de Antônio era realizar o furto à noite, quando imaginava que ninguém estaria no estabelecimento, vender o produto da ação na manhã seguinte e embarcar para Nova Iorque – MA na tarde do mesmo dia, 1.º/8/2009. No entanto, ao iniciar sua empreitada, Antônio foi surpreendido com a presença de Carla, que estava dormindo no estabelecimento. A moça acordou assustada, os dois entraram em luta corporal, e, após alguns minutos de confronto, Antônio conseguiu subtrair uma caixa com seis relógios e fugiu do local. Assim que saiu do terminal rodoviário, Antônio encontrou Daniel, um amigo de infância, a quem relatou o ocorrido. Daniel, que é caminhoneiro, ofereceu imediatamente a Antônio carona até a cidade de Nova Iorque – MA, para que este não fosse pego pelas autoridades policiais. A polícia militar foi acionada pelo vigia do terminal rodoviário, Eugênio, que saíra, sem sucesso, em perseguição a Antônio. Ao chegar ao seu destino, Antônio relatou os fatos a Braz, que se ofereceu para esconder a caixa de relógios, assegurando, assim, o proveito do crime. No mesmo dia, Antônio, Braz e Daniel foram presos em flagrante por policiais militares de São Luís – MA, que haviam saído em perseguição a eles. Levados ao distrito policial de Nova Iorque – MA, os três foram indiciados pela prática dos fatos delituosos que a autoridade policial entendeu praticados. Antônio, Braz e Daniel confessaram a prática delitiva. Os testemunhos de Carla e Eugênio, colhidos pela autoridade policial da capital maranhense e encaminhados ao distrito policial de Nova Iorque – MA, são relatados a seguir. Carla afirmou que tinha trinta anos de idade; que Antônio invadira seu estabelecimento e de lá subtraíra as mercadorias, avaliadas em R$ 180,00; que os prejuízos nas instalações da loja somaram R$ 200,00; que ficara incapacitada para o trabalho por quarenta dias; que as mercadorias lhe haviam sido restituídas pela autoridade policial; que, na data do fato, ela estava grávida havia dois meses e, tendo sido encaminhada ao hospital público mais próximo, sofrera aborto em razão das lesões resultantes da ação de Antônio; relatou, ainda, que dormia no estabelecimento porque queria esconder de seu pai os sintomas da gravidez. Eugênio declarou que, ao ouvir gritos provindos do setor onde Carla mantém loja de eletrônicos, correra ao local e, tendo encontrado a moça caída com ferimentos no rosto e ombro, levara-a imediatamente ao hospital mais próximo; que não percebera a gravidez de Carla. Os policiais que efetuaram a prisão dos indiciados também prestaram testemunho, mas não acrescentaram nenhum outro fato além das circunstâncias

em que se deram as prisões. Juntaram-se aos autos a folha de antecedentes criminais dos indiciados, sem nenhum registro. Sem outras diligências, o delegado responsável pelo caso relatou o inquérito e encaminhou os autos ao juízo de Nova Iorque – MA. Aberta vista ao Ministério Público, Antônio, Braz e Daniel foram denunciados, em 15/8/2009, pela prática do delito previsto no art. 157, § 3.º, primeira parte, c/c § 2.º, II, do mesmo artigo, c/c art. 61, II, "a", "b", "c", "h"; e art. 29, todos do Código Penal (CP). Antônio foi denunciado, ainda, em concurso material (CP, art. 69) com os delitos antecedentes, pela prática do crime de aborto (CP, art. 125, c/c art. 61, II, "h", e art. 127). A denúncia foi recebida no mesmo dia do oferecimento. Interrogados em juízo, os réus negaram a participação nos fatos narrados na denúncia. Antônio afirmou, ainda, que não tinha conhecimento da gravidez de Carla; e Daniel, que, no dia em que dera a carona a Antônio, estava comemorando o seu vigésimo aniversário. Ao final da instrução processual, nada foi apurado em relação à culpabilidade, à conduta social, à personalidade dos agentes, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima. Por entender desnecessária a realização de outras diligências, a autoridade judicial abriu vista às partes para apresentação de alegações finais. O advogado dativo nomeado para a defesa dos réus, apesar de devidamente intimado, deixou de apresentá-las. Conclusos os autos para sentença, os réus foram condenados, em 15/7/2011, às seguintes sanções: 1) Antônio, Braz e Daniel, consoante o disposto no art. 157, § 3.º, primeira parte, à pena-base de dez anos de reclusão e cento e cinquenta dias-multa no valor unitário de um salário mínimo, agravada para doze anos de reclusão e duzentos dias-multa, pela incidência das várias circunstâncias previstas no art. 61, II, "a", "b", "c", "h", do CP, e aumentada definitivamente para dezoito anos de reclusão e trezentos dias-multa, pela mera presença da causa especial de aumento prevista no art. 157, § 2.º, II, do CP; 2) Antônio, consoante o disposto no art. 125, à pena-base de cinco anos de reclusão, agravada para seis anos de reclusão, pela incidência da circunstância prevista no art. 61, II, "h", do CP, e aumentada definitivamente para oito anos de reclusão, pela incidência da causa especial de aumento prevista no art. 127 do CP. As penas acima especificadas tornaram-se definitivas, não tendo o magistrado sentenciante vislumbrado nenhuma outra circunstância agravante ou atenuante e(ou) causa de aumento ou diminuição de pena. Na fixação das penas-bases, o juiz entendeu extremamente reprovável a conduta dos réus de praticar o roubo, empreender fuga e esconder o produto da ação delituosa. Ressaltou, ainda, que a oitiva das testemunhas e a confissão dos réus no âmbito policial eram provas suficientes para embasar a condenação. Por fim, foi fixado o regime fechado para o início do cumprimento das reprimendas privativas de liberdade. Manejado recurso de apelação apenas pela defesa, questionaram-se todos os pontos juridicamente possíveis, e o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, por maioria, negou provimento ao apelo, embora o desembargador-revisor tenha votado pelo total acolhimento da pretensão recursal. Publicado o acórdão e realizadas as intimações necessárias, o advogado dativo que até então defendeu os réus renunciou ao encargo, razão pela qual os autos foram encaminhados, por remessa, em 7/11/2011 (segunda-feira), à defensoria pública da capital do estado, para que esta passasse a patrocinar os interesses dos sentenciados. Com base nos dados da situação hipotética apresentada, redija, na qualidade de defensor público designado para o caso, a peça processual que entenda adequada, diversa de habeas corpus e de embargos de declaração, devidamente fundamentada. Alegue toda a matéria de direito processual e material pertinente à defesa. Dispense a narrativa dos fatos e não crie fatos novos. Date a peça no último dia do prazo de interposição para a defensoria pública, considerando que todos os períodos de segunda a sexta-feira sejam dias de expediente forense.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

EXMO. SR. DESEMBARGADOR RELATOR DA CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO

Proc. n.

ANTÔNIO, BRAZ e DANIEL, já qualificados nos autos da Apelação Criminal veiculada contra a sentença proferida pelo juízo criminal da comarca de Nova Iorque, vêm, por intermédio da Defensoria Pública do Estado do Maranhão, interpor, com fundamento no art. 609, parágrafo único do CPP, EMBARGOS INFRINGENTES, conforme razões anexas.

Recebido o presente recurso e distribuído ao colegiado julgador, espera a intimação da parte contrária para apresentação de contrarrazões e da Defensoria Pública por ocasião da sessão de julgamento, nos termos do art. 128, I, da LC n. 80/94.

São Luís, 28 de novembro de 2011.

Defensor Público

Matrícula.

RAZÕES DE EMBARGOS INFRINGENTES

Processo n.

Recorrente: Antônio, Braz e Daniel

Recorrido: Ministério Público

Egrégio Tribunal,

Doutos julgadores

I – SÍNTESE DOS FATOS

(dispensado pelo enunciado)

II – DA TEMPESTIVIDADE E DO CABIMENTO

Tendo em vista a intimação da Defensoria Pública em 07/11/2011 (segunda-feira) e que o prazo de interposição encerra-se no dia 27/11/2011 (domingo), o presente recurso é tempestivo, por ter sido interposto em 28/11/2011 (segunda-feira), nos termos do art. 128, I, da LC n. 80/94. Importante destacar ainda que a Defensoria Pública faz uso de sua prerrogativa de contagem em dobro dos prazos, de modo que o prazo de dez dias previsto no art. 609, parágrafo único, do CPP é dobrado.

Dito isto, o presente recurso foi interposto na forma adequada do art. 609, parágrafo único, do CPP, de forma que estão atendidos os pressupostos da tempestividade, bem como a legitimidade e regularidade formal da interposição recursal. Quanto a hipótese de cabimento, importante destacar que o acórdão em grau de apelação foi proferido por maioria

de votos, negando-se provimento ao recurso, valendo o registro de que o voto do desembargador-revisor acolhia a pretensão recursal defensiva.

Atendendo-se aos pressupostos de admissibilidade recursal (cabimento, legitimidade, regularidade formal) e inexistindo quaisquer fatos impeditivos ou extintivos, merece ser conhecido o presente recurso, pelo que, passamos, ao campo do juízo de mérito.

III – DA INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO

Inicialmente, impõe-se reconhecer a incompetência do juízo da comarca de Nova Iorque. Com efeito, a competência no processo penal, de acordo com a regra do art. 70 do CPP, é fixada pelo local onde se consuma a conduta.

No caso concreto, a conduta imputada se consumou no próprio município de São Luís, ainda que a prisão em flagrante tenha ocorrido na cidade de Nova Iorque. O estado flagrancial não se confunde com o resultado do delito, como podemos perceber da redação do art. 302 do CPP. Ademais, em se tratando de crime doloso contra a vida, como é o caso do aborto (art. 125 do CP), a competência constitucional pertence ao Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII, da CRFB), inclusive exercendo a reunião das demais infrações penais.

A competência pela matéria e pelo território foram abaladas no caso concreto, devendo o feito ser anulado, na forma do art. 564, I, do CPP.

IV – DA AUSÊNCIA DO EXAME DE CORPO DE DELITO E DO LAUDO COMPLEMENTAR

Nos termos do art. 158 do CPP, o exame de corpo de delito é peça indispensável para a comprovação da materialidade da infração penal, não podendo ser suprido pelo depoimento do acusado. No inquérito policial e no curso da ação penal não houve a produção de elemento que demonstrasse a natureza das lesões experimentadas pela vítima, na forma do art. 168 do CPP, elementar do crime do art. 157 e do art. 125 do CP.

Deste modo, não havendo demonstração da prova da materialidade da infração penal, inviável a condenação dos recorrentes, nos termos da decisão combatida.

V – DA NULIDADE DA SENTENÇA – FUNDAMENTAÇÃO COM SUPORTE NOS ELEMENTOS DA INVESTIGAÇÃO

A nulidade flagrante da sentença extrai-se de sua fundamentação. Durante o curso da instrução processual não foram produzidos elementos de formação do convencimento, tendo o juízo lastreado seu julgamento nos depoimentos colhidos em sede de investigação. Esta atitude macula o seu julgamento, se considerarmos que o art. 155 do CPP é expresso ao negar a possibilidade de uma sentença condenatória ser escorada exclusivamente nos elementos informativos do inquérito policial.

VI – DA NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE ALEGAÇÕES FINAIS

Ao final da instrução processual, o advogado dativo nomeado para a defesa dos réus, apesar de devidamente intimado, deixou de apresentar as alegações finais. De acordo com a jurisprudência pacífica dos tribunais superiores, as alegações finais são essenciais para a

transição de fases processuais, não podendo o juiz proferir sentença sem a sua apresentação, sob pena de nulidade (art. 564, IV, do CPP e Enunciado n. 523 da Súmula do STF).

No caso concreto, deveria o magistrado determinar a intimação dos acusados para constituir defesa ou indicar o patrocínio da Defensoria Pública, a quem caberia o oferecimento da peça defensiva.

VII – DA DESCLASSIFICAÇÃO DAS CONDUTAS

Superadas as teses de nulidade apontadas nos itens antecedentes, torna-se necessário readequar a imputação dirigida aos recorrentes.

Considerando que a subtração dos objetos é causa bastante para a consumação do delito, Braz a Daniel jamais seriam co-autores ou partícipes do crime de latrocínio, já que os atos por eles praticados ocorreram muito após a apreensão dos relógios. Braz, que se ofereceu para esconder a caixa de relógios, assegurando, assim, o proveito do crime, responde pelo crime do art. 349 do CP, enquanto que Daniel, por ter oferecido imediatamente a Antônio carona até a cidade de Nova Iorque – MA, para que este não fosse pego pelas autoridades policiais, responde pelo art. 348 do CP. Falta a ambos o liame subjetivo para a prática do crime patrimonial.

Já Antonio, apesar de subtrair os relógios, deve responder pelo roubo em sua forma simples, considerando não haver elementos que demonstrem a ocorrência de violência grave. A imputação pelo crime de aborto também não se sustenta, já que sequer demonstrada a materialidade da infração penal, restando ao recorrente a imputação do art. 157, caput, do CP tão somente.

VIII – DA DOSIMETRIA DA PENA

Da análise dos autos evidencia-se que os recorrentes não fazem jus à fixação da pena acima do mínimo legal. As circunstâncias judiciais do art. 59 do CP não militam em seu desfavor, sendo certo que caberia ao magistrado demonstrar a incidência de cada uma delas, o que não ocorreu no caso concreto.

Todos os Embargantes confessaram a conduta, também fazendo jus à atenuante do art. 63, V, "d", do CP. Apesar de terem negado a autoria em sede judicial, os embargantes reconheceram a prática da conduta delituosa durante a fase inquisitorial, inclusive, valorada pelo juízo em sua sentença, fazendo jus à redução em sua pena.

Antonio e Braz possuíam menos de 21 anos na data do fato (1/08/2009), já que ambos são nascidos em 1/01/1990, o que lhes assegura a incidência da atenuante da menoridade prevista no art. 65, I, "d", do CP. De acordo com o interrogatório de Antonio, Daniel comemorava seu vigésimo aniversário, o que também lhe assegura a diminuição de pena.

Em virtude da falta de oportunidades no município de Nova Iorque, cujos investimentos em educação eram insuficientes às necessidades da população e também a Antônio, faz jus à atenuante inominada do art. 66 do CP, em virtude da co-culpabilidade do Estado que, por força de omissão nos seus deveres prestacionais, colocou o recorrente em situação de vulnerabilidade. As agravantes reconhecidas pelo juízo (61, II, "a", "b", "c", "h", do CP) merecem ser afastadas por evidente bis in idem. Todas elas já se encontram consideradas nos tipos penais imputados pelo Ministério Público.

No que pertine às causas de aumento, devem elas ser afastadas por inadequação à conduta. Braz e Daniel não participaram da empreitada criminosa do crime patrimonial, considerando que suas condutas ocorreram após a consumação do delito.

Quanto à causa de aumento de pena apontada no art. 127 do CP, deve ela ser afastada por não ter sido comprovada a ocorrência da lesão corporal grave, em virtude da ausência de laudo. Se considerarmos que Braz e Daniel praticaram apenas os crimes dos arts. 348 e 349, cujas penas máximas não ultrapassam seis meses, veremos que a pretensão penal acusatória se encontra fulminada pela prescrição. Na redação originária do art. 109, VI, do CP, a prescrição das infrações penais cuja pena não excede a um ano ocorre em dois anos.

Considerando que ambos são menores de 21 anos, os prazos devem ser contados pela metade (art. 115 do CP), frisando-se que o prazo prescricional é de um ano. A denúncia foi ofertada em 15/08/2009 e a sentença proferida em 15/07/2011, havendo o decurso de mais de um ano entre os marcos interruptivos previstos no art. 117 do CP, o que torna prescritas as imputações.

IX – CONCLUSÃO

Diante do exposto, requerem os Embargantes o conhecimento e o provimento deste recurso para:

1 - Reconhecer a nulidade do processo em virtude da incompetência do juízo; por ausência de prova da materialidade (exame de corpo de delito); pela fundamentação baseada em elementos da fase investigatória; a sentença em razão da não realização do interrogatório do Apelante; pela ausência de alegações finais da defesa;

2 – Superadas as teses de nulidade, desclassificar as condutas dos Embargantes para os tipos penais do art. 157, caput; 348; e 349 do CP;

3 – Reconhecer a extinção da punibilidade das condutas praticadas por Braz e Daniel, em virtude da ocorrência da prescrição, nos termos do art. 107, IV, do CP;

4 – Diminuir a pena dos Embargantes, fixando-as no mínimo legal;

5 - Reconhecer as circunstâncias atenuantes previstas nos arts. 65, I; 65, III, d; e 66, todos do CP;

6 – Afastar as agravantes dos arts. 61, II, "a", "b", "c", "h", do CP e as causas de aumentos dos arts. 127 e 157, §2º, II, do CP.

Prequestiona, desde já, para fins de interposição de Recurso Especial e Extraordinário, os dispositivos legais indicados nas razões, requerendo a apreciação e debate quanto à sua aplicabilidade.

São Luís, 28 de novembro de 2011.

Defensor Público

Matrícula

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CRIMES PREVISTOS NOS ARTS. 124 E273, §§ 1º E 1º-B, DO CÓDIGO PENAL. CONEXÃO. ART. 76 DO CPP.OCORRÊNCIA. VENDA DE MEDICAMENTO ABORTIVO PARA GESTANTE. CYTOTEC.PROVOCAÇÃO DE ABORTO. INFLUÊNCIA DA PROVA DE UM DELITO NO OUTRO.OCORRÊNCIA. PREVALÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. PREVISÃO-CONSTITUCIONAL. SÚMULA 122/STJ. NÃO APLICAÇÃO. COMPETÊNCIA DAJUSTIÇA ESTADUAL. 1. O crime de aborto tem como objeto jurídico tutelado a vida do feto, e o delito previsto no art. 273 do Código Penal, a proteção à saúde pública. 2. Havendo a incidência de alguma das hipóteses elencadas no art. 76do Código de Processo Penal, evidencia-se a conexão entre os crimes. 3. Existindo, em tese, a perspectiva de que ocorra a necessidade de colheita de prova comum aos dois fatos que serviria para a instrução dos possíveis processos, fica demonstrada a viabilidade de unificá-los, o que contribuirá para a instrução e a efetivação da razoável duração do processo, conforme preceitua a norma constitucional. 4. A competência para processar e julgar o crime do art. 273, §§ 1ºe 1º-B, incisos I, V e VI, do Código Penal, em princípio, é da Justiça Estadual, sendo a Justiça Federal competente quando houver indícios da internacionalidade do delito demonstrada pelo contexto fático. 5. No delito previsto no arts. 124, 1ª parte, c.c. 29, do Código Penal, a competência para o processo e julgamento é do Tribunal do Júri, conforme previsto no art. 5º, XXXVIII, d, da Constituição Federal. 6. Conforme o art. 78, I, do Código de Processo Penal, "no concurso entre a competência do júri e a de outro órgão da jurisdição comum,prevalecerá a competência do júri". Dessa forma, é viável o processamento e julgamento do delito previsto no art. 273, §§ 1º e1º-B, incisos I, V e VI, do Código Penal, conjuntamente com o crime do art. 124 do Código Penal, pelo Tribunal do Júri, afastando a aplicação da Súmula 122/STJ. 7.

Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da Vara Criminal de Apucarana/PR, ora suscitado. (STJ - CC: 104842 PR 2009/0065442-0, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 23/06/2010, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 01/02/2011)

HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL. NATUREZA GRAVE. LAUDO DE EXAME COMPLEMENTAR. AUSÊNCIA. IMPRESCINDIBILIDADE. COAÇÃO ILEGAL EVIDENCIADA. DESCLASSIFICAÇÃO OPERADA. REPRIMENDA REDIMENSIONADA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. MODALIDADE RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE OFÍCIO. 1. Para a qualificação da lesão corporal como grave pela incidência do previsto no inciso Ido § 1º do art. 129 do CP, necessária a submissão da vítima a exame complementar a fim de confirmar a incapacidade para as ocupações habituais pelo prazo de trinta dias. 2. O exame inicial não pode pretender comprovar circunstância que somente deverá ser aferida após passados trinta dias da lesão sofrida pela vítima, até porque a recuperação nesse prazo dependerá sempre de diversos fatores não controláveis cientificamente. 3. Embora possível (art. 163, § 3º, do CPP), a prova testemunhal coletada não é capaz, no caso, de suprir a omissão, pois dos depoimentos colhidos não se extrai que as lesões sofridas pelo ofendido ensejaram sua incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta dias. 4. Ordem concedida para desclassificar o delito para o do art. 129, caput, do CP, redimensionando-se a reprimenda de ambos os pacientes, que resta definitiva em 9 meses e 10 dias de reclusão para ANDERSON DA SILVA ALMEIDA e em 8 meses de reclusão para VALDINEI FERNANDES MATOS, declarando-se de ofício extinta as suas punibilidade pela prescrição da pretensão puniti-

va do Estado, na modalidade retroativa. (STJ - HC: 117417 MS 2008/0219141-8, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 29/09/2009, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: <!-- DTPB: 20091109
 --> DJe 09/11/2009)

USO DE DOCUMENTO FALSO (ARTIGO 304 DO CÓDIGO PENAL). APRESENTAÇÃO DE FALSA IDENTIDADE PARA EVITAR PRISÃO. PACIENTE FORAGIDO. AUTODEFESA QUE NÃO ABRANGE O DIREITO À CORRETA IDENTIFICAÇÃO CIVIL. CONDUTA TÍPICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 1. Esta Corte Superior de Justiça, em razão do julgamento do RE 640.139/DF pelo Supremo Tribunal Federal, cuja repercussão geral foi reconhecida, pacificou entendimento no sentido de que o princípio constitucional da ampla defesa não alcança aquele que se atribui falsa identidade perante autoridade policial com o objetivo de ocultar maus antecedentes, sendo, portanto, típica a conduta praticada pelo agente. 2. O uso de documento falso com o intuito de ocultar a condição de foragido da Justiça não encontra amparo na garantia constitucional de não se auto-incriminar, tendo em vista que esta abrange tão somente o direito de o acusado não produzir provas contra si e não a de mentir quanto à sua identificação civil, dificultando ou mesmo frustrando a aplicação da Justiça Penal.

DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AVALIAÇÃO NEGATIVA DE ALGUMAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER RECONHECÍVEIS DE PLANO. ILEGALIDADE NÃO CONSTATADA. 1. A revisão da pena imposta pelas instâncias ordinárias via habeas corpus é possível, mas somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios, consoante orientação pacificada neste Superior Tribunal, o que, como visto, não é o caso. 2. A elevação da pena-base encontra-se justificada pela comprovada dedicação do agente à prática de ilícitos, por seus maus antecedentes, pelo fato de haver apresentado documento de identidade falsificado com o objetivo de dificultar a aplicação da lei penal, bem como por ostentar a condição de foragido da Justiça quando da prática do referido delito, mostrando-se a reprimenda, tal qual fixada, proporcional às circunstâncias concretas do caso e ao ato criminoso cometido. 3. A ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não é uma operação aritmética, em que se dá pesos absolutos a cada uma delas, a serem extraídas de cálculo matemático levando-se em conta as penas máxima e mínima cominadas ao delito cometido pelo agente, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada.

REPRIMENDA. CONFISSÃO UTILIZADA PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIA REDUTORA DO ART. 65, III, D, DO CP. RECONHECIMENTO E APLICAÇÃO QUE SE IMPÕEM. COMPENSAÇÃO COM A REINCIDÊNCIA DEVIDA. COAÇÃO ILEGAL VERIFICADA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. 1. Se a confissão do agente é utilizada como fundamento para embasar a conclusão condenatória, a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do CP, deve ser RELACIONADA em seu favor, pouco importando se a admissão da prática do ilícito foi espontânea ou não, integral ou parcial, ou se houve retratação posterior em juízo. 2. O novo entendimento da Terceira Seção desta Corte Superior é de que a agravante da reincidência pode ser compensada com a atenuante da confissão espontânea, devendo o julgador atentar para as singularidades do caso concreto (EResp-1.154.752/RS).

PENA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO. MODO FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS E REINCIDÊNCIA. MODO MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO. INAPLICABILIDADE

DA SÚMULA 269/STJ. ILEGALIDADE AUSENTE. 1. Não há ilegalidade na fixação do regime fechado ao reincidente quando, não obstante a pena tenha sido definitivamente fixada em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, verifica-se a desfavorabilidade de algumas circunstâncias judiciais, a indicar que o modo mais gravoso para o início do desconto da sanção privativa de liberdade é o que se mostra mais adequado para a prevenção e repressão do delito denunciado. 2. Somente quando favoráveis as circunstâncias judiciais é que há a possibilidade de fixação do regime semiaberto ao reincidente com pena inferior a 4 (quatro) anos. Exegese do Enunciado Sumular 269 deste STJ. 3. Writ não conhecido, cassando-se a liminar anteriormente concedida, concedendo-se, entretanto, habeas corpus de ofício apenas para reconhecer presente a atenuante da confissão espontânea em favor do paciente, compensando-a com a agravante da reincidência e consequentemente redimensionando a sua reprimenda para 3 (três) anos de reclusão, mais pagamento de 30 (trinta) dias-multa, mantido o regime inicial fechado para o resgate da reprimenda corporal e os demais termos da sentença e do acórdão impugnados. (STJ - HC: 176405 RO 2010/0110146-0, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 23/04/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/05/2013)

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. Princípios institucionais da defensoria pública. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GRECO, Rogério. Curso de direito penal. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, Vol. I

JESUS, Damásio E. Direito Penal. 28. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005. Vol. I.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal: parte geral. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, Luiz Claudio; SILVA, Franklyn Roger Alves. Manual de processo e prática penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal. 3. Ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2003.

GABARITO DA BANCA EXAMINADORA:

- Gabarito: 1 Apresentação e estrutura textual (legibilidade, respeito às margens e indicação de parágrafos) - 2 - Desenvolvimento do tema - 2.1 Interposição de recurso de embargos infringentes e de nulidade, com fundamento no art. 609, parágrafo único, do Código de Processo Penal endereçado ao relator. - 2.2 Preliminares / Nulidades - incompetência é do juízo de direito de Nova Iorque; ausência do exame de corpo de delito direto e do laudo de exame complementar pericial para atestar as lesões de natureza grave; nulidade da sentença, pois baseada apenas em prova produzida em sede de inquérito policial; prolação de sentença condenatória sem a apresentação de alegações finais pela defesa; a competência para o julgamento dos crimes de aborto é do tribunal do júri. - 2.3 Desclassificação das condutas de Antônio (CP, art. 157, caput), Braz (art. 349 do CP) e Daniel (art. 348 do CP). - 2.4 Pena-base - deverão ser fixadas no mínimo legal, pois todas as circunstâncias judiciais são favoráveis aos réus (art. 59). - 2.5 Circunstâncias agravantes e atenuantes - confissão espontânea (CP, art. 65, III, "d"); menoridade dos réus (CP, art. 65, I); co-culpabilidade (CP, art. 66); exclusão das agravantes do art. 61, II, "a", "b", "c", "h", do CP / bis in idem; art. 61, II, "a"; art. 61, II, "b"; art. 61, II, "c"; art. 61, II, "h". - 2.6 Exclusão das causas de aumento de pena - 2.7 Prescrição das condutas de Braz e Daniel - 2.8 Pedidos - deverá ser formulado pedido de conhecimento e provimento do recurso, seguindo os seguintes parâmetros, em ordem sucessiva: 1) decretação de nulidade do processo: por incompetência absoluta do juízo; por ausência de realização do exame de corpo de delito e pericial; pelo fato de a sentença ter sido fundamentada apenas em provas colhidas apenas durante o inquérito

policial; e pela ausência de apresentação de alegações finais pela defesa (CPP: arts. 564, I, III, b, e IV; 155;); 2) a desclassificação das condutas de Antônio, Braz e Daniel, para as figuras típicas previstas nos arts. 157, caput, 349 e 348, respectivamente, do CP; 3) Extinção da punibilidade de Braz e Daniel pela prescrição, com fundamento no art. 107, IV, do CP; e 4) Diminuição de pena com: a fixação das penas-bases (privativa de liberdade e pecuniária) no mínimo legal; o reconhecimento das circunstâncias atenuantes previstas no art. 65, I, III, "d", e art. 66 do CP; a exclusão das circunstâncias agravantes do art. 61, II, "a", "b", "c", "h", do CP; e a exclusão das causas de aumento previstas nos arts. 127 e 157, § 2º, II, do CP. - 2.9 Prazo - 28 de novembro de 2011.

RAZÕES DE RECURSO DE APELAÇÃO

DPE/SE - 2012 - CESPE

PEÇA PRÁTICA - Amanda, maior, capaz, compareceu à delegacia de proteção à mulher e relatou que, na madrugada de 20/5/2003, Roberval, seu padrasto, à época com 62 anos de idade, entrara no quarto em que ela, então menor de 14 anos, estava dormindo e passara a acariciá-la nas partes íntimas, ao mesmo tempo em que se masturbava. Declarou, ainda, que sua mãe surpreendera o padrasto durante o ato, mas, com medo de represálias do companheiro, pessoa extremamente violenta, ela não comunicara a ocorrência à autoridade policial. Instaurado inquérito policial e remetido os autos ao MP, Roberval foi denunciado em 3/9/2012, pela prática do crime de atentado violento ao pudor com presunção de violência em razão de a vítima ser, à época, menor de 14 anos (art; 214, do Código Penal – Art. 214 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal: (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009) e Art. 224 - Presume-se a violência, se a vítima: Vide Lei nº 8.072, de 25.7.90 a) não é maior de catorze anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009). Recebida a inicial acusatória na mesma data e apresentada resposta à acusação, foi designada audiência de instrução e julgamento, na qual foi ouvida a vítima, que afirmou que, na noite dos fatos, assim que começara a dormir, acordara com gritos de sua mãe e de Roberval no quarto, não tendo sido capaz de precisar, naquele momento, o que estava acontecendo. Disse, ainda, que, tempos depois, sua genitora lhe havia confidenciado ter presenciado o abuso sexual praticado por Roberval, o que teria levado a vítima a decidir procurar as autoridades. Afirmou, ainda, não ter sono pesado ou qualquer outro distúrbio do sono. Em seguida, foi ouvida a genitora da vitima, que afirmou não ser capaz de se lembrar muito bem dos fatos narrados na denúncia, passados mais de nove anos da data do ocorrido. Afirmou que, naquela noite, ao entrar no quarto de sua filha, vira o réu, de costas, agachado ao lado da cama da adolescente. Declarou ainda, não ter certeza de ter visto o acusado acariciando sua filha nas partes íntimas ou estar se masturbando, visto que o quarto estava escuro. No interrogatório, o acusado reservou-se o direito de permanecer em silêncio. Na fase de diligências, a defesa requereu a apresentação, nos autos, da certidão de nascimento da vítima, após surgir, durante a instrução, controvérsia quanto a idade da vítima na data dos fatos. Com a juntada do documento, verificou-se que a vítima, na data do fato, era maior de 14 anos. Foi dada vista dos autos ao MP e à defesa, que nada requereram. Posteriormente, após ter cada uma das partes apresentado alegações finais, foram os autos conclusos ao juiz em 10/12/2012. Na sentença, preliminarmente, o juiz afastou a alegação defensiva de se reconhecer a prescrição da pretensão punitiva, alegando que o art. 111, V, do Código Penal prevê que, nos crimes contra a dignidade sexual, a contagem do prazo prescricional somente se inicia após a vítima completar dezoito anos de idade e que, de qualquer maneira, ainda não transcorrera o prazo prescricional

do crime em análise, visto que ainda não haviam transcorrido mais de 16 anos da data do fato. No mérito, após avaliar a presença de provas suficientes de autoria e materialidade do crime, o juiz condenou Roberval, ressaltando que, embora não tenha sido caracterizada violência ou grave ameaça, haja vista ser a vítima, na data do fato, maior de catorze anos de idade, o crime havia sido praticado em momento em que a vítima dormia, ou seja, quando impossibilitada de oferecer resistência. Nesses termos, o magistrado condenou Roberval pelo crime de atentado violento ao pudor com presunção de violência dada a impossibilidade de defesa da vítima (CP, art. 214 , c/c 224, "c"). Ao proceder à dosimetria da pena, o juiz ressaltou o grau acentuado de reprovação (culpabilidade) da ação do réu, sob o fundamento de que o acusado sabia do caráter ilícito do ato praticado, ao abusar de uma adolescente, mediante ato libidinoso diverso da conjunção carnal, tendo verificado que o réu não possuía antecedentes maculados e não havia dados precisos a respeito de sua personalidade. O magistrado, considerando que os motivos do crime não favorecem o acusado, pois se resumiram à vontade de satisfazer seus desejos sexuais independentemente de qualquer senso humanitário, assim como a preponderância das circunstâncias desfavoráveis, fixou a pena-base em oito anos de reclusão, em regime fechado, ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes. Por fim, aplicou a causa de aumento de pena prevista no art. 9º da lei que trata dos crimes hediondos, aumentando a pena da metade e tornando-a definitiva em doze anos de reclusão. Intimado da sentença, Roberval manifestou intenção de recorrer de sua condenação, tempestivamente. Em seguida, abriu-se vista à defensoria pública para a apresentação das respectivas razões recursais. Em face dessa situação hipotética, redija, na condição de defensor de Roberval, a peça jurídica cabível, apta à defesa de seu assistido, apresentando toda a argumentação de direito processual e material pertinente ao caso. Fundamente suas explanações, dispense o relatório e não crie fatos novos.

DIRECIONAMENTO DA RESPOSTA:

A primeira tarefa do candidato é identificar a peça processual exigida, destacando no enunciado as principais informações para resolução do caso prático apresentado. Neste caso, o próprio enunciado já indicou a peça, restando ao candidato apenas o desenvolvimento. Pelo tempo normalmente reduzido para resposta das peças práticas, não é aconselhável fazer rascunha de toda a peça.

É importante desenvolver os desafios propostos em ordem lógica e técnica. As questões formais como o endereçamento e forma de preenchimento da qualificação serão abaixo melhor exploradas.

Deve ser observado que a petição de interposição já foi realizada, bastando ao candidato apresentar uma petição informando ao juízo de primeiro grau que está apresentando suas razões recursais na forma do artigo 600 do Código de Processo Penal. Em seguida, deve o candidato se dirigir aos julgadores de segunda instância, desembargadores que apreciarão o recurso, pontuando a tempestividade do recurso e o pedido de conhecimento das razões apresentadas. A partir disso, pode o candidato passar ao desenvolvimento das teses jurídicas pertinentes, de certo a parte mais importante da questão.

Especialmente por se tratar de uma questão de concurso, em que além de possuir o conhecimento o candidato deve demonstrar o pleno domínio do assunto, o ideal seria um tópico inicial sobre lei penal no tempo.

Como estipulam o texto constitucional e o artigo 1º do Código Penal, a lei penal não retroagirá para abranger situações já consolidadas sob o império de legislação anterior. A lei penal incriminadora, inclusive aquela que agrava a situação prescricional, somente pode ser aplicada a um caso concreto caso tenha tido origem antes da prática da conduta para a qual destina.

O artigo 111, V, do Código Penal não pode ser invocado pelo magistrado sentenciante, uma vez que esse marco inicial foi introduzido pelo legislador apenas em 2012, com a Lei nº 12.650, ou seja, não pode retroagir para ser aplicado no caso prático narrado.

Em relação ao fato de o juiz ter afastado a consumação do prazo prescricional, visto que não teriam transcorrido 16 anos da data do fato até o marco interruptivo da prescrição, a alegação não procede. Perceba que a pena máxima do delito do artigo 214 do CP (quando vigente) era de 10 anos. Considerando que, por força do artigo 109 do CP, a prescrição, antes do trânsito em julgado, regula-se pelo máximo de pena privativa de liberdade cominada, o juiz observou o artigo 109, II, do CP e fundamentou equivocadamente no sentido que precisariam ter transcorrido 16 anos para extinção da punibilidade.

Ocorre que os fatos ocorreram em 2003, quando o acusado tinha 62 anos. Atualmente, depois de 2012, quando sentenciado, o acusado já teria necessariamente mais de 70 anos e essa percepção o examinador exigiu do próprio examinando. Ou seja, o prazo de prescrição é reduzido pela metade por incidência expressa do artigo 115 do Código Penal.

Desta forma, supostamente ocorrido o fato em maio de 2003, inevitável reconhecer a consumação do prazo prescricional 8 anos depois, em 2011, antes do primeiro marco interruptivo, qual seja: o recebimento da denúncia que ocorreu somente em 2012.

Em seguida, o candidato deveria abrir um novo tópico na peça para tratar da mutatio libeli. O candidato deveria registrar a necessidade de mutatio libeli para que fosse possível ao julgador invocar o artigo 224, "c", do Código Penal. Explica-se.

Por imposição do sistema acusatório-constitucional, deve o juiz manter-se em inércia, só atuando quando invocado pelas partes e na medida da invocação. Considerando essa regra é que deveria o candidato defender que não poderia o magistrado, ao constatar documentalmente que não estava o acusado praticando crime contra menor de 14 anos, como constou na denúncia, condená-lo por supostamente entender que a vítima, por dormir, não pode oferecer resistência.

A fundamentação não foi apresentada pelo Ministério Público como caracterizadora da presunção de violência do artigo 224 do Código Penal e, portanto, não foi estabelecido o devido contraditório, com o exercício da ampla defesa constitucionalmente determinada, sobre esse relevante fato. O magistrado invoca uma circunstância fática que entendeu presente sem que tenha se estabelecido debate contraditado ao respeito do fato.

Por isso, deveria o candidato se posicionar no sentido de que o magistrado incorreu em incongruência extra petita, aquela em que o juiz, sem prévio aditamento do MP, altera o objeto do processo penal sem respeitar o contraditório. A consequência jurídica por violação do artigo 5º, LV, e 129, I, da CRFB, é a nulidade prevista no artigo 564, III, "a", do CPP.

Mesmo com o desenvolvimento das questões apresentadas, em atenção ao princípio da eventualidade da defesa, deve o candidato exaurir todas as teses defensivas possíveis pela narrativa do enunciado.

As condutas imputadas não se revestem de tipicidade capaz de justificar uma condenação. Ainda que fossem procedentes os fatos apresentados, o que se admite para fins de argumentação, alguns verbos previstos no tipo penal vigente na época da prática imputada não se apresentaram na conduta.

A dinâmica apontada revela que o acusado teria apalpado a menor, mas a reprovação sobre a conduta não permite conclusão de que a atitude não está impregnada de violência ou grave ameaça, requisitos expressamente previstos no tipo. Além disso, o verbo nuclear exigido é "constranger", fato que igualmente não se cogita da ocorrência. Não existe descrito nenhum constrangimento a que tenha sido submetida a vítima para a prática dos atos censurados. Por essas razões, a conduta típica imputada não constitui crime, tal qual pretende fazer crer o órgão acusador.

Ainda que assim não fosse, probatoriamente não existe respaldo para se alicerçar um decreto condenatóro. É de sabença universal que eventuais elementos colhidos na fase inquisitorial não se prestam a uma condenação, pois somente são úteis quando somados àqueles produzidos sob a égide do contraditório judicial, exatamente como consta no artigo 155 do Código de Processo Penal.

No caso, com o contraditório judicial nada se apurou que seriamente abalasse o estado de inocência do acusado. A uma porque a vítima, quando ouvida, somente acordou com os gritos de sua mãe, não sendo possível nem explicar o que estava acontecendo. A vítima registrou não ter sono pesado ou qualquer problema dessa natureza, somente sabendo do ocorrido por sua genitora, tempos depois. A duas porque a mãe da vítima descreveu que somente pôde atestar que viu o réu de costas agachado na lateral da cama da adolescente. Não podendo certificar as carícias imputadas ao acusado ou mesmo qualquer masturbação, sobretudo diante da escuridão no local. Por fim, o denunciado exerceu seu direito constitucional de permanecer em silêncio. Por essa razão, a absolvição do réu se impõe pela atipicidade dos fatos e pela ausência de provas suficientes que sustentem a possibilidade de uma condenação.

Superadas todas as teses, deve o candidato demonstrar, por fim, que a dosimetria da pena realizada pelo juiz contém erros merecedores de reformas.

Na primeira fase da dosimetria da pena, ao considerar negativamente a culpabilidade do autor e do fato praticado, diante do fato de o réu saber o caráter ilícito do fato, incorreu o magistrado em clara atecnia. A culpabilidade em sentido estrito já foi analisada para compor a existência do próprio delito. A consciência sobre a ilicitude do fato é elemento do próprio crime, não podendo ser valorada negativamente nesta fase, pois é requisito para própria condenação.

A culpabilidade do artigo 59 do Código Penal, explica a doutrina, é uma reanálise pelo magistrado da censura que o crime receberá, não se confundindo confunde com a culpabilidade enquanto elemento do crime. Portanto, deve a sentença ser reformada para fixar na primeira fase a pena base sem nenhuma reprovação negativa por esse aspecto.

O motivo do crime igualmente não se presta a valorar negativamente a conduta pelo fato de o acusado supostamente objetivar satisfação de interesses sexuais. Nos crimes sexuais, tal fator é inerente ao próprio injusto penal, não podendo ser avaliado negativamente, pois sua gravidade já foi considerada pelo legislador no estabelecimento das penas abstratamente cominadas e pela tipificação. É grave e por isso é um crime com penas abstratamente elevadas, mas não pode o magistrado, na fixação da pena, agravar a situação por um elemento inerente ao próprio injusto penal. É bis in idem.

Pelas razões declinadas, considerando favoráveis todas as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, a pena base deve ser fixada no mínimo legal, ou seja, 6 anos, e não os 8 aplicados pelo magistrado sentenciante.

Por fim, errou o magistrado ao aplicar a pena base em metade por força da incidência do artigo 9º da Lei de Crimes Hediondos. Somado a isso, aplicou o juízo a causa de aumento de pena prevista no art. 9º da referida lei, aumentando a pena da metade e tornando-a definitiva em doze anos de reclusão. Acontece que o reconhecimento dessa causa de aumento é manifesto bis in idem.

Ao aplicar a causa de aumento, o mesmo fato estaria sendo desvalorado por duas vezes. Uma para aplicação do tipo penal incriminador e duas vezes para majorar a pena base pela incidência da lei de crimes hediondos. É elementar que um mesmo fato não pode ser valorado em duplicidade por força da vedação que o direito constitucional-penal pátrio impõe á duplicidade de punições em razão de uma mesma circunstância fática. Por essa razão, deve a regra do artigo 9º ser afastada para fixar a pena base no mínimo legal.

Quanto ao regime de fixação da pena, cumpre estabelecer que ao revés do regime fechado, destinado aos apenados com pena superior a 8 anos, diante da primariedade do réu e ausente qualquer condenação anterior com trânsito em julgado anterior a data dos fatos, por força do artigo 33 do Código Penal, deverá ser imposto o regime semiaberto para início de cumprimento da pena.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA __ VARA CRIMINAL DA COMARCA ___

Processo nº

Roberval, já devidamente qualificado nos autos, neste ato representado pela DEFENSORIA PÚBLICA, com fundamento no artigo 600 e seguintes do Código de Processo Penal, vem à presença de vossa excelência apresentar suas RAZÕES DE RECURSO DE APELAÇÃO, com base nos seguintes fatos e fundamentos jurídicos, requerendo que, depois de realizados os procedimentos legais, sejam os autos encaminhados a instância superior para julgamento.

Pede deferimento.

Local, data.

Assinatura

Defensor Público

EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COLENDA CÂMARA DE JULGAMENTO

EMINENTE RELATOR

Processo nº ___

Recorrente: Roberval ___

Recorrido: Ministério Público

Presentes os requisitos que autorizam o conhecimento do presente recurso de apelação, em especial a tempestividade e a presença dos requisitos formais legalmente exigidos, pugna-se pelo recebimento do presente recurso e, depois do julgamento, o seu provimento para reformar a sentença impugnada nos termos dos pedidos ao final apresentados.

I – DOS FATOS

Dispensados pelo enunciado.

II – DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL E DA NECESSIDADE DE MUTATIO LIBELI

O juízo sentenciante indevidamente afastou a consumação do prazo prescricional, visto que não teriam transcorrido 16 anos da data do fato até o marco interruptivo da prescrição. O posicionamento não procede.

A pena máxima do delito do artigo 214 do CP (quando vigente) era de 10 anos. Considerando que, por força do artigo 109 do CP, a prescrição, antes do trânsito em julgado, regula-se pelo máximo de pena privativa de liberdade cominada, o juiz observou o artigo 109, II, do CP e fundamentou equivocadamente no sentido que precisariam ter transcorrido 16 anos para extinção da punibilidade.

Os fatos ocorreram em 2003, quando o acusado tinha 62 anos. Quando sentenciado, o réu já possuía mais de 70 anos, ou seja, o prazo de prescrição é reduzido pela metade por incidência expressa do artigo 115 do Código Penal. Desta forma, ocorrido o fato em maio de 2003, inevitável reconhecer a consumação do prazo prescricional 8 anos depois, em 2011, antes do primeiro marco interruptivo: o recebimento da denúncia, que ocorreu somente em 2012.

O artigo 111, V, do Código Penal foi indevidamente invocado pelo magistrado sentenciante, uma vez que esse marco inicial foi introduzido pelo legislador apenas em 2012, com a Lei nº 12.650, ou seja, não pode retroagir para ser aplicado no caso prático narrado. Dessa maneira, imperioso o reconhecimento da prescrição. Para que fosse possível ao julgador invocar o artigo 224, "c", do Código Penal, deveria ter aplicado o artigo 384 do Código de Processo Penal, dispositivo que disciplina o instituto da Mutatio Libeli.

É dever imposto pelo sistema acusatório-constitucional que o juízo deveria ter se mantido inerte, só atuando quando invocado pelas partes e na medida da invocação. Não poderia o magistrado, ao constatar documentalmente que não estava o acusado praticando crime contra menor de 14 anos, como constou na denúncia, condená-lo por supostamente entender que a vítima, por dormir, não pode oferecer resistência.

A fundamentação não foi apresentada pelo Ministério Público como caracterizadora da presunção de violência do artigo 224 do Código Penal e, portanto, não foi estabelecido o devido contraditório, com o exercício da ampla defesa constitucionalmente determinada, sobre esse relevante fato. O magistrado invoca uma circunstância fática que entendeu presente sem que tenha se estabelecido debate contraditado ao respeito do fato, violando garantias constitucionais.

Por isso, o magistrado incorreu em incongruência por julgar extra petita, ou seja, sem prévio aditamento do MP, alterou o objeto do processo penal sem respeitar o contraditório. A consequência jurídica por violação do artigo 5º, LV e 129, I, da CRFB é a nulidade prevista no artigo 564, III, "a", do CPP, que deve ser declarada com o deferimento do presente recurso.

III – DO MÉRITO

III.1– DA ATIPICIDADE PENAL DA CONDUTA

Merece ser o réu absolvido porque as condutas imputadas não se revestem de tipicidade penal. Ainda que fossem procedentes os fatos apresentados, o que se admite para fins de argumentação, alguns verbos previstos no tipo penal vigente na época da prática imputada não se verificaram na conduta.

A dinâmica apontada revela que o acusado teria apalpado a menor.. Todavia, toda a censura que a conduta mereça não permite conclusão de que a atitude está impregnada de violência ou grave ameaça, requisitos expressamente previstos no tipo. Além disso, o verbo nuclear exigido é "constranger", fato que igualmente não se cogita da ocorrência. Não existe descrito nenhum constrangimento a que tenha sido submetida a vítima para a prática dos atos censurados. Por essas razões, a conduta típica imputada não constitui crime, tal qual pretende fazer crer o órgão acusador.

Sem tipicidade, deve ser o acusado absolvido da imputação.

III.2- DA AUSÊNCIA DE PROVAS PARA CONDENAÇÃO.

Ainda que assim não fosse, o estado de inocência do acusado não foi superado pelas provas produzidas por parte do Ministério Público. Não existe respaldo para se alicerçar um decreto condenatório. É de sabença universal que eventuais elementos colhidos na fase inquisitorial não se prestam a uma condenação, pois somente são úteis quando somados àqueles produzidos sob a égide do contraditório judicial, exatamente como consta no artigo 155 do Código de Processo Penal. No caso, em contraditório judicial nada se apurou que seriamente abalasse o estado de inocência do acusado.

A uma porque a vítima, quando ouvida, somente acordou com os gritos de sua mãe, não sendo possível nem explicar o que estava acontecendo. A vítima registrou não ter sono

pesado ou qualquer problema dessa natureza, somente sabendo do ocorrido por sua genitora, tempos depois. A duas porque a mãe da vítima descreveu que somente pôde atestar que viu o réu de costas agachado na lateral da cama da adolescente, não podendo certificar as carícias imputadas ao acusado ou mesmo qualquer masturbação, sobretudo diante da escuridão no local.

Por fim, o denunciado exerceu seu direito constitucional de permanecer em silêncio.

Por essas razões, o conjunto probatório é frágil e a absolvição do réu se impõe tanto pela atipicidade dos fatos, quanto pela ausência de provas suficientes que sustentem a possibilidade de uma condenação.

III.3- DA CORRETA FIXAÇÃO DA PENA.

A sentença merece correção no que toca a fixação da pena.

Na primeira fase da dosimetria da pena, ao considerar negativamente a culpabilidade do autor e do fato praticado, diante do fato de o réu saber o caráter ilícito do fato, incorreu o magistrado em clara atecnia. A culpabilidade em sentido estrito já foi analisada para compor a existência do próprio delito. A consciência sobre a ilicitude do fato é elemento do próprio crime, não podendo ser valorada negativamente nesta fase, pois é requisito para própria condenação.

A culpabilidade do artigo 59 do Código Penal, explica a doutrina, é uma reanálise pelo magistrado da censura que o crime receberá, não se confundindo confunde com a culpabilidade enquanto elemento do crime. Portanto, deve a sentença ser reformada para fixar na primeira fase a pena base sem nenhuma reprovação negativa por esse aspecto.

O motivo do crime igualmente não se presta a valorar negativamente a conduta pelo fato de o acusado supostamente objetivar satisfação de interesses sexuais. Nos crimes sexuais tal fator é inerente ao próprio injusto penal, não podendo ser avaliado negativamente, pois sua gravidade já foi considerada pelo legislador no estabelecimento das penas abstratamente cominadas e pela tipificação. Na fixação da pena, agravar a situação por um elemento inerente ao próprio injusto penal é bis in idem.

Pelas razões declinadas, considerando favoráveis todas as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, a pena base deve ser fixada no mínimo legal, ou seja, 6 anos, e não os 8 aplicados pelo magistrado sentenciante.

Por fim, errou o magistrado ao aplicar a pena base em metade por força da incidência do artigo 9º da Lei de Crimes Hediondos. Acontece que o reconhecimento dessa causa de aumento é manifesto bis in idem. Ao aplicar a causa de aumento, o mesmo fato estaria sendo desvalorado por duas vezes. Uma para aplicação do tipo penal incriminador e duas vezes para majorar a pena base pela incidência da lei de crimes hediondos.

É elementar que um mesmo fato não pode ser valorado em duplicidade por força da vedação que o direito constitucional-penal pátrio impõe à duplicidade de punições em razão de uma mesma circunstância fática. Por essa razão, deve a regra do artigo 9º ser afastada para fixar a pena base no mínimo legal.

Quanto ao regime de fixação da pena, cumpre estabelecer que ao revés do regime fechado, destinado aos apenados com pena superior a 8 anos, diante da primariedade do réu e ausente qualquer condenação anterior com trânsito em julgado anterior a data dos fatos, por força do artigo 33 do Código Penal, deverá ser imposto o regime semiaberto para início de cumprimento da pena.

IV – DO PREQUESTIONAMENTO

Eventualmente, caso as questões debatidas no presente recurso sejam levadas à discussão perante os tribunais superiores, fica prequestionada toda a matéria, invocando-se os seguintes dispositivos constitucionais e legais, os quais terão sido contrariados: a) Artigos 1º, 109, II e 115 do CP; b) Artigos 564, III, "a", do CPP; e c) Artigos 5º, LV, XLVI e 129, I, da CRFB;

V - DOS PEDIDOS

Diante de todo o exposto, a Defesa quer:

a) o conhecimento do presente recurso;

b) o reconhecimento da extinção da punibilidade pela prescrição na forma do artigo 109, II, c/c 115 do Código Penal;

c) o reconhecimento da nulidade pela sentença julgar com base em causa fática não descrita na denúncia, violando os artigos 5º, LV; 129, I, da CRFB/88 c/c 564, III, a, do Código Penal;

d) o seu provimento para reconhecer a atipicidade da conduta praticada, absolvendo o réu, na forma do artigo 386, III, do Código de Processo Penal;

e) o provimento para absolver o réu com base na ausência de provas que possibilitem se alicerçar um decreto condenatório, na forma do artigo 386, VII c/c 155 do Código de Processo Penal;

f) caso se superem todas as teses anteriores, seja a pena base fixada no mínimo legal, afastando a incidência do artigo 9º da Lei de Crimes Hediondos, determinando-se início de cumprimento da pena no regime semiaberto;

g) sejam enfrentados expressamente todos os dispositivos apontados no texto do recurso para fins de prequestionamento legal;

h) Sejam respeitadas todas as prerrogativas legais pertencentes a Defensoria Pública do Estado, em especial o prazo em dobro e a intimação pessoal, na forma do artigo 128, I, da LC 80/94;

Pede deferimento.

Local, data.

Assinatura

Defensor Público do Estado

Matrícula

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

Nucci, Guilherme de Souza. Código penal comentado – 15. Ed. rev., atual e ampl.- Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 459.

Lopes Jr., Aury. Direito processual penal – 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte 1. 17 . ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

Considera-se consumado o crime de atentado violento ao pudor, quando evidenciada a existência de contato físico entre o agressor e sua vítima, durante a prática de ato lascivo distinto da conjunção carnal. Precedentes. [...] STJ, REsp 751.036/RS, Rel. Min. José Arnaldo da Foneca, 5º T.,7/11/2005.

Reconhecer a majoração constante do art. 9º da Lei nº 8.072/90 nos casos de simples presunção de violência constituiria repudiável bis in idem, sendo que essa circunstância já integra o tipo penal nas hipóteses em que não há violência real. [...] STJ, REsp 235746/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5º T., 28/5/2007.

GABARITO DA BANCA EXAMINADORA:

- Gabarito: 1 Apresentação e estrutura textual (legibilidade, respeito às margens e indicação de parágrafos). 2 Desenvolvimento do tema. 2.1 Prescrição: princípio da irretroatividade da lei penal - inaplicabilidade do art. 111, V, do CP / Réu maior de 70 anos na data da sentença: redução do prazo prescricional pela metade (CP, art. 115) / Conclusão pela ocorrência da prescrição punitiva retroativa. 2.2 Não aplicabilidade da presunção de violência por impossibilidade de resistência da vítima (CP, art. 224, "c") / Circunstância fática não descrita na denúncia / Necessidade de aditamento (mutatio libelli - CPP, art. 384 pelo Ministério Público, sob pena de ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa / Absolvição por atipicidade do fato / Autoria e materialidade do crime não comprovadas / Ausência de prova para a condenação: absolvição do réu. 2.3 Fixação da pena base no mínimo legal (seis anos) / Fundamentação sobre culpabilidade e motivos do crime inidônea: circunstâncias inerentes ao próprio tipo penal / Impossibilidade de aplicação da causa de aumento prevista no art. 9.º da Lei n.º 8.072/90 / Bis in idem

DPE/RO - 2012 - CESPE

PEÇA PRÁTICA - Em 4/3/2010, Álvaro, nascido em 9/8/1963, dono de oito bancas em uma conhecida feira de comercio irregular de produtos eletrônicos, pediu a Rogério, seu cunhado, nascido em 29/2/1959, contador, que figurasse como locatário em um contrato de aluguel de uma sala comercial onde ele pretendia instalar um escritório de contabilidade para gerir suas atividades comerciais. Segundo Álvaro, no local trabalharia seu funcionário de confiança, Danilo, nascido em 17/11/1984. Após a celebração do contrato de locação na imobiliária, em 10/3/2010, Álvaro instalou no escritório seis computadores para copiar, por dia, 860 filmes e jogos eletrônicos, que seriam postos á venda nas suas bancas na feira. Em

11/3/2010, Álvaro contratou Marcelino, nascido em 31/1/1942, para fazer as cópias, mediante pagamento de um salário mínimo par mês. No dia seguinte, Marcelino chegou a loja para copiar as mídias com a utilização dos computadores instalados no local e levou com ele Fernando, seu sobrinho, nascido em 25/5/1980. Enquanto Marcelino lanchava no local, Fernando ligou um dos computadores e fez um teste com o equipamento, tendo gravado, para seu uso próprio, uma cópia de um filme recém-lançado no cinema. Fernando, então, retornou para casa. Logo depois, Marcelino ligou os outros cinco computadores e instalou os CDs para começar a gravação dos filmes e jogos eletrônicos. Antes que Marcelino iniciasse a programa de computador que seria utilizado na gravação dos CDs, policiais civis, em cumprimento a mandado judicial de busca e apreensão expedido para que se realizasse operação policial deflagrada após escuta telefônica, nessas escutas haviam sido interceptados vários diálogos entre Álvaro, Rogério e Danilo ingressaram no imóvel e prenderam Marcelino em flagrante. Os policiais também apreenderam, no local, quatro mil CDs sem gravação, cento e cinqüenta CDs originais e um contrato de locação do referido imóvel, no qual constavam o nome de Marcelino como locador e o de Rogério como locatário. Outros policiais, que também participavam da operação, prenderam Fernando quando já chegava em sua residência com a mídia que havia gravado no escritório onde trabalhava. Nesse mesmo dia, Álvaro, Rogério e Danilo foram presos em cumprimento a mandados de prisão preventiva. Em 18/3/2010, foi recebida a denuncia contra Álvaro, Rogério, Danilo Marcelino e Fernando. Em 12/12/2010, os réus foram soltos por habeas corpus concedido pelo Superior Tribunal de Justiça. Em 10/3/2012, Álvaro, Rogério, Danilo, Marcelino e Fernando foram condenados, na vara criminal, pela pratica dos crimes de violação de direitos autorais (CP, art. 184, §§ 1º e 2º), de formação de quadrilha (CP, art.288, caput), (CP, art.304, c/c art. 298). O juiz sentenciou os réus a pena privativa de liberdade, previsto para cada um dos crimes per eles cometidos, ou seja, dois anos de reclusão, um ano de reclusão e um ano de reclusão, respectivamente. Após o somatório das penas, pelo critério do concurso material, o juiz determinou o início do cumprimento da pena em regime semiaberto, não tendo reconhecido o direito a substituição da pena. O Ministério Publico não recorreu. Com base na situação hipotética acima relatada, redija, na condição de defensor de Marcelino e Fernando, a peca processual mais adequada a defesa dos réus, abordando toda aspectos de direito material e processual pertinente ao caso. Dispense o relatório, fundamentações, suas explanações e não crie fatos novos.

DIRECIONAMENTO DA RESPOSTA:

Primeiro, deve o candidato identificar a peça processual exigida pelo examinador, destacando no enunciado as principais informações para resolução do caso prático apresentado.

Neste caso, a questão não envolveu maiores dificuldades, devendo o candidato consultar o Código de Processo Penal, no artigo 593, I, para indicar o recurso de apelação como peça prática cabível, considerando que foi proferida uma sentença penal condenatória.

É importante desenvolver os desafios propostos, em ordem lógica e técnica. As questões formais como o endereçamento, forma de preenchimento da qualificação, serão abaixo melhor exploradas. Deve ser observado que a petição de interposição não foi realizada, ou seja, deverá ser realizada a peça de interposição antes da peça que traz as razões recursais.

Nas razões, deve o candidato se dirigir aos julgadores de segunda instância, desembargadores que apreciarão o recurso, pontuando a tempestividade do recurso e o pedido de

conhecimento das razões apresentadas. Em seguida, pode o candidato passar ao desenvolvimento das teses jurídicas pertinentes, de certo a parte mais importante da questão.

O candidato deve considerar que efetua diretamente a representação de Marcelino e Fernando, conforme determinado no enunciado e, ainda, que está dispensado da formulação de relatório.

Inicialmente, deveria o candidato perceber que, no momento da prolação da sentença, o acusado Marcelino já era maior de 70 anos (dado que repercutirá para fins prescricionais).

A primeira tese que poderia ser apresentada em relação à defesa é a de nulidade da interceptação telefônica com meio de prova legal no presente caso, com a consequente declaração de consumação da prescrição.

A interceptação telefônica realizada no presente caso foi ilegalmente determinada no curso das investigações. A Lei nº 9.296/96, que trata do assunto, em diversos artigos expressa a excepcionalidade da medida, mecanismo de produção probatória que deve ser utilizado apenas em caso de indispensabilidade, pois é uma exceção à garantia constitucional de proteção a intimidade. No enunciado, nem mesmo existe menção que as referidas escutas teriam ocorrido com prévia autorização judicial, fatos que violaram os artigos 3º e 5º da referida lei.

As penas dos crimes que foram fixadas em 1 ano já estão prescritas em relação ao acusado Marcelino. O artigo 109, V, do Código Penal fixa o prazo prescricional em 4 anos quando a pena é igual a um ano. No caso, observa-se que tem aplicação o artigo 110 do Código Penal, visto que já ocorreu trânsito em julgado para apelação, ou seja, a prescrição regula-se pela pena aplicada, com base no prazo do artigo 109.

Considerando, ainda, que na forma do artigo 115 do Código Penal os prazos de prescrição são reduzidos de metade quando na data da sentença o acusado é maior de 70 anos, o prazo prescricional dos crimes em que foi aplicada pena de 1 ano é de 2 anos.

No caso prático, declarada a ilegalidade da prova colhida, deve ser reconhecido como não interrompido o curso do prazo prescricional, visto que, por consequência, a decisão de recebimento também será nula, ou seja, estará fulminada a pretensão punitiva em relação aos delitos dos crimes 288 e 204 c/c 298 do Código Penal.

Passando diretamente ao mérito, com relação ao crime do artigo 184, §1º e §2º, do Código Penal, a sentença deveria ter julgado improcedente a pretensão condenatória estatal. Isso porque o crime de violação de direito autoral, no caso concreto, deixou vestígios, ou seja, necessariamente deveria ter sido realizada a prova pericial. O artigo 158 do Código de Processo Penal é muito claro em determinar como indispensável o exame de corpo de delito sempre que a infração deixar vestígios. Fato que não ocorreu e impede uma sentença condenatória.

Além disso, consta no enunciado que o acusado Marcelino foi contratado por Álvaro para realizar trabalhos de copiar materiais, não tendo nem mesmo iniciado a prática de nenhum dos verbos proibidos na norma penal incriminadora quando preso em flagrante pela polícia. O enunciado é claro em consignar a prisão logo depois de o acusado chegar para copiar, sendo que nenhuma cópia realizada pelo acusado antes da prisão foi descrita.

Somado a isso, o acusado não atuaria com intuito de lucro na sua atividade. Ele foi contratado como trabalhador com salário fixo, não se destinando a atuar no mercado lucrativo do comércio dos artefatos. Constituíram-se seus atos em mecânica determinação dos verdadeiros autores, sendo a ele aplicável, caso se supere a tese de atipicidade da conduta, o redutor da participação de menor importância.

Pelo exposto, deve ser reconhecido que a conduta do acusado é atípica ou, ainda, se resumiu, no muito, a mero ato preparatório impunível. Subsidiariamente, a defesa deve pedir que seja reconhecida participação de diminuta importância.

Em relação ao acusado Fernando, no crime do artigo 184, §1º e §2º, do Código Penal, igualmente sua conduta não se reveste de tipicidade penal apta a justificar um decreto condenatório. A uma porque a condenação na forma do parágrafo expressamente exige intuito lucrativo. A única ação do acusado foi copiar um jogo para seu uso particular. Além disso, a cópia de um único filme para uso doméstico se amolda perfeitamente ao reconhecimento do princípio da insignificância penal.

Analisado em sede da tipicidade material, afasta do âmbito de abrangência do direito penal fatos que formalmente estariam compreendidos pela figura típica, mas diante da ínfima relevância não merecem atenção da ação mais violenta intervenção do estado. A jurisprudência elencou requisitos autorizativos para reconhecimento que se encontram presente no caso concreto: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e; d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Em que pese o entendimento sumulado do STJ (502) no sentido da tipicidade de expor à venda CDs e DVDs piratas, o caso concreto claramente é excepcional. A cópia de um único filme para uso particular não se reveste de tipicidade material suficiente a justificar a intervenção do direito penal no presente caso concreto. A propriedade intelectual confere a seu titular direitos sobre a obra produzida. Quando o fato não traz reflexos econômicos relevantes, bem como não comprovado o intuito de lucro, a absolvição pela atipicidade material da conduta, com reconhecimento da insignificância penal, se impõe.

Adiante, deve haver menção à necessidade de reforma da sentença condenatória que impôs aos acusados a condenação no crime do artigo 288 do Código Penal. O artigo com a redação vigente na época dos fatos exigia a associação de mais de três pessoas par o fim de cometer crimes. Quadrilha ou bando são termos que a lei empregava como sinônimos, definindo-se como associação estável de criminosos, com o fim de praticar reiteradamente crimes.

De saída, o candidato deve consignar que os fatos imputados aos acusados não se enquadram na tipicidade da norma penal incriminadora apontada. O núcleo associar significa reunião em sociedade, agregação ou união. O traço que distingue a associação do concurso de pessoas é a durabilidade e estabilidade, consciente, para cometer infrações penais. Além disso, a redação do artigo exige a pluralidade delitiva, o que nem se cogita na presente hipótese.

Os requisitos não estão presentes no caso concreto. Em relação ao acusado Marcelino, o mesmo foi contratado a partir de uma relação trabalhista para exercer a atividade de copiador. O fato não se amolda ao tipo penal, pois carece do dolo explícito de uma associação constituída com intuito de cometer infrações penais de forma duradoura e estável.

Sobre Fernando é ainda mais clara a atipicidade, pois nem mesmo relação contratual com qualquer outro indivíduo está descrita. Sua prisão decorre unicamente de ter comparecido com Marcelino no primeiro dia de trabalho e copiado um filme para uso particular.

Por essas razões principais, as condutas apontadas nãos e revestem de tipicidade que justifique a condenação como incurso no crime do artigo 288 do Código Penal.

Em relação ao crime do artigo 298 c/c 304 do Código Penal, novamente não é possível alicerçar um decreto condenatório. A utilização de documento particular falso não foi realizada por nenhum dos acusados. Marcelino figurou como locador quando, na realidade, foi mero laranja nos negócios do seu contratante. Não possui dolo pois não há informação nem mesmo de que tinha conhecimento de sua condição de locador. Nenhuma conduta narrada no sentido de que os acusados efetivamente falsificaram e posteriormente utilizaram documento particular justifica um decreto condenatório nem mesmo foi descrita no caso prático.

Seria ilógico que aquele que é contratado com um salário mínimo para trabalhar em loja seja na verdade o proprietário-possuidor do estabelecimento. É evidente que o acusado Marcelino não realizou os verbo nucleares da conduta proibida. Por maior razão ainda deve ser afastada a condenação de Fernando. O mesmo, como dito, compareceu ao estabelecimento onde foram apreendidos bens unicamente acompanhando seu tio. Nenhuma escuta o comprometeu e nem mesmo foi apontada conduta que justificasse o incurso nos crimes tal qual operado na sentença condenatória.

Acrescenta-se que o documento nem mesmo chegou a ser utilizado. Conforme redação do artigo 304 imputado, fazer uso significa efetivamente empregar, utilizar-se, valer-se do documento. Essa ação jamais existiu no caso prático, visto que o documento foi apreendido da operação policial ocorrida no estabelecimento. Ou seja, aquele com quem é encontrado o documento falsificado não pratica o delito de uso de documento falso, há necessidade que o agente, volitivamente, o apresente como se fosse verdadeiro.

Pelo princípio da eventualidade da defesa, apenas pela hipótese de se superarem todas as teses acima apontadas, deve o candidato também justificar a necessidade de correção da sentença no capítulo da aplicação da pena.

Os crimes somados resultaram exatamente em 4 anos de reprimenda a cada um dos acusados. Ocorre que por expressa previsão do artigo 33, §2º, "c", do Código Penal, quando a condenação for igual a quatro anos, o condenado gozará da possibilidade de iniciar o cumprimento no regime aberto. Portanto, a fixação do regime semiaberto pelo magistrado claramente representa um excesso que por força do próprio princípio da legalidade penal deve ser corrigido em sede recursal.

Além disso, estão presentes todos os requisitos autorizadores da substituição da pena privativa de liberdade (44 do Código Penal) pela pena substitutiva de direitos. Em especial, pena aplicada não superior a 4 anos. Dessa maneira, defendendo na prova que diante da presença dos requisitos legais autorizadores não há discricionariedade para o magistrado, deve o recurso ser provido para que seja operada a substituição de pena.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA __ VARA CRIMINAL DA COMARCA ___

Processo nº

Marcelino e Fernando, já devidamente qualificados nos autos, neste ato representados pela DEFENSORIA PÚBLICA, com fundamento no artigo 593, I c/c 600 e seguintes do Código de Processo Penal, vêm à presença de vossa excelência INTERPOR RECURSO e apresentar suas RAZÕES DE RECURSO DE APELAÇÃO, com base nos seguintes fatos e fundamentos jurídicos, requerendo que depois de realizados os procedimentos legais sejam os autos encaminhados a instância superior para julgamento. Pontua-se, por fim, que o recurso é tempestivo e apresenta todos os requisitos formais de validade, pelo que merece ser conhecido.

Pede deferimento.

Local, data.

Assinatura

Defensor Público

Matrícula

EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COLENDA CÂMARA DE JULGAMENTO

EMINENTE RELATOR

Processo nº

Recorrentes: Marcelino e Fernando

Recorrido: Ministério Público

Presentes os requisitos que autorizam o conhecimento do presente recurso de apelação, em especial a tempestividade da interposição do recurso e a presença dos requisitos formais legalmente exigidos, pugna-se pelo recebimento do presente recurso e depois o seu provimento para reformar a sentença impugnada nos termos dos pedidos ao final apresentados.

I – DOS RESUMO DOS FATOS

Dispensado pelo enunciado.

II – DA NULIDADE DA INTERCEPTAÇÃO E DA CONSUMAÇÃO DA PRESCRIÇÃO

A decisão merece reforma porque a interceptação telefônica realizada no presente caso foi ilegalmente determinada no curso das investigações. A Lei nº 9.296/96, que trata do assunto, em diversos artigos expressa a excepcionalidade da medida, mecanismo de

produção probatória que deve ser utilizado apenas em caso de indispensabilidade, pois é uma exceção à garantia constitucional de proteção a intimidade. Não se verificou prévia autorização judicial para a interceptação, fato que violou os artigos 3º e 5º da referida lei.

Declarada a nulidade da interceptação, ora requerida, o recebimento da denúncia consequentemente também não se prestará a interromper o prazo prescricional. Requer a Defesa que o Tribunal declare a consumação do prazo prescricional.

As penas dos crimes que foram fixadas em 1 ano já estão prescritas em relação ao acusado Marcelino. O artigo 109, V, do Código Penal fixa o prazo prescricional em 4 anos quando a pena é igual a um ano. No caso, observa-se que tem aplicação o artigo 110 do Código Penal, visto que já ocorreu trânsito em julgado para apelação, ou seja, a prescrição regula-se pela pena aplicada com base no prazo do artigo 109. Como a nulidade da prova estará sendo declarada em recurso exclusivo da defesa, não poderá uma nova condenação estabelecer a pena em patamar superior, sob pena de reformatio in pejus.

Considerando, ainda, que na forma do artigo 115 do Código Penal os prazos de prescrição são reduzidos de metade quando na data da sentença o acusado é maior de 70 anos, o prazo prescricional dos crimes em que foi aplicada pena de 1 ano é de 2 anos.

No caso prático, declarada a ilegalidade da prova colhida, deve ser reconhecido como não interrompido o curso do prazo prescricional, visto que, por consequência, a decisão de recebimento também será nula, ou seja, estará fulminada a pretensão punitiva em relação aos delitos dos crimes 288 e 204 c/c 298 do Código Penal.

III – DO MÉRITO

.1DA AUSÊNCIA DE TIPICIDADE DO CRIME DE VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL.

Com relação ao crime do artigo 184, §1º e §2º, do Código Penal, andou mal o juízo sentenciante, visto que a sentença deveria ter julgado improcedente a pretensão condenatória estatal.

O crime de violação de direito autoral, no caso concreto, deixou vestígios, ou seja, necessariamente deveria ter sido realizada a prova pericial. O artigo 158 do Código de Processo Penal é muito claro em determinar como indispensável o exame de corpo de delito sempre que a infração deixar vestígios. Fato que não ocorreu e impede uma sentença condenatória, diante da flagrante carência de comprovação de materialidade.

Além disso, o acusado Marcelino foi contratado por Álvaro para realizar trabalhos de copiar materiais, não tendo nem mesmo iniciado a prática de nenhum dos verbos proibidos na norma penal incriminadora quando preso em flagrante pela polícia. A prisão do acusado ocorre logo depois de ele ter chegado para copiar, sendo que nenhuma cópia realizada por ele antes da prisão foi descrita, não tendo ingressando no percurso da conduta típica.

Somado a isso, não há prova de intuito de lucro na atividade do acusado. Ele foi contratado como trabalhador com salário fixo, não se destinando a atuar no mercado lucrativo do comércio dos artefatos. Constituíram-se seus atos em mecânica determinação dos verdadeiros autores, sendo a ele aplicável, caso se supere a tese de atipicidade da conduta, ao menos, o redutor da participação de menor importância.

Pelo exposto, deve ser reconhecido que a conduta do acusado é atípica ou, ainda, resumiu-se a mero ato preparatório impunível. Subsidiariamente, em homenagem ao princípio da eventualidade, requer-se que seja reconhecida participação de diminuta importância.

Em relação ao acusado Fernando, no crime do artigo 184, §1º e §2º, do Código Penal, igualmente sua conduta não se reveste de tipicidade penal apta a justificar um decreto condenatório, devendo a sentença ser reformada. A uma porque a condenação na forma do parágrafo expressamente exige intuito lucrativo e a única ação do acusado foi copiar um jogo para seu uso particular. Além disso, a cópia de um único filme para uso doméstico se amolda perfeitamente ao reconhecimento do princípio da insignificância penal, não se revestindo a conduta de tipicidade material.

Analisado em sede da tipicidade material, o princípio da insignificância afasta do âmbito de abrangência do direito penal fatos que formalmente estariam compreendidos pela figura típica, mas diante da ínfima relevância não merecem atenção da ação mais violenta intervenção do estado. A jurisprudência elencou requisitos autorizativos para reconhecimento que se encontram presente no caso concreto: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e; d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Em que pese o entendimento sumulado do STJ (502) no sentido da tipicidade de expor à venda CDs e DVDs piratas, o caso concreto claramente é excepcional. A cópia de um único filme para uso particular não se reveste de tipicidade material suficiente a justificar a intervenção do direito penal no presente caso concreto. A propriedade intelectual confere a seu titular direitos sobre a obra produzida. Quando o fato não traz reflexos econômicos relevantes, bem como não comprovado o intuito de lucro, a absolvição pela atipicidade material da conduta, com reconhecimento da insignificância penal, se impõe.

II.1**- DA ATIPICIDADE DO CRIME DE QUADRILHA.**

O artigo 288 com a redação vigente na época dos fatos exigia a associação de mais de três pessoas par o fim de cometer crimes. Quadrilha ou bando são termos que a lei empregava como sinônimos, definindo-se como associação estável de criminosos, com o fim de praticar reiteradamente crimes. Ocorre que os fatos imputados aos acusados não se enquadram na tipicidade da norma penal incriminadora apontada.

O núcleo associar significa reunião em sociedade, agregação ou união. O traço que distingue a associação do concurso de pessoas é a durabilidade e estabilidade, consciente, para cometer infrações penais. Além disso, a redação do artigo exige a pluralidade delitiva, o que nem se cogita na presente hipótese.

Os requisitos não estão presentes no caso concreto. Em relação ao acusado Marcelino, o mesmo foi contratado a partir de uma relação trabalhista para exercer a atividade de copiador. O fato não se amolda ao tipo penal, pois carece do dolo explícito de uma associação constituída com intuito de cometer infrações penais de forma duradoura e estável.

Sobre Fernando é ainda mais clara a atipicidade, pois nem mesmo relação contratual com qualquer outro indivíduo está descrita. Sua prisão decorre unicamente te ter comparecido com Marcelino no primeiro dia de trabalho e copiado um filme para uso particular.

Por essas razões principais, as condutas apontadas não se revestem de tipicidade que justifique a condenação como incurso no crime do artigo 288 do Código Penal, devendo a sentença ser corrigida.

II.2- **DA ATIPICIDADE DO CRIME DE USO DE DOCUMENTO PARTICULAR FALSO.**

Em relação ao crime do artigo 298 c/c 304 do Código Penal, novamente não é possível alicerçar um decreto condenatório. A utilização de documento particular falso não foi realizada por nenhum dos acusados. Marcelino figurou como locador quando, na realidade, foi mero laranja nos negócios do seu contratante. Não possui dolo pois não há informação nem mesmo de que tinha conhecimento de sua condição de locador. Nenhuma conduta narrada no sentido de que os acusados efetivamente falsificaram e posteriormente utilizaram documento particular justifica um decreto condenatório nem mesmo foi apontada.

Não é crível que o indivíduo que é contratado com um salário mínimo para trabalhar em loja seja na verdade o proprietário-possuidor do estabelecimento. É evidente que o acusado Marcelino não realizou os verbo nucleares da conduta proibida, sendo equivocada a sentença quando a ele imputa a referida reprimenda penal.

Por maior razão ainda deve ser afastada a condenação de Fernando. O mesmo, como dito, compareceu ao estabelecimento onde foram apreendidos bens unicamente acompanhando seu tio. Nenhuma escuta o comprometeu e nem mesmo foi apontada conduta que justificasse o incurso nos crimes tal qual operado na sentença condenatória.

Acrescenta-se, porque relevante, que o documento nem mesmo chegou a ser utilizado. Conforme redação do artigo 304 do Código Penal, fazer uso significa efetivamente empregar, utilizar-se, valer-se do documento. Essa ação jamais existiu, visto que o documento foi apreendido da operação policial ocorrida no estabelecimento. Ou seja, aquele com quem é encontrado o documento falsificado não pratica o delito de uso de documento falso, há necessidade que o agente, volitivamente, o apresente como se fosse verdadeiro.

II.3- **DA CORRETA FIXAÇÃO DA PENA.**

A sentença condenatória impôs 4 anos de reprimenda a cada um dos acusados. Ocorre que, por expressa previsão do artigo 33, §2º, "c", do Código Penal, quando a condenação for igual a quatro anos, o condenado gozará da possibilidade de iniciar o cumprimento no regime aberto. Portanto, a fixação do regime semiaberto pelo magistrado claramente representa um excesso que por força do próprio princípio da legalidade penal deve ser corrigido no julgamento do presente recurso.

Além disso, estão presentes todos os requisitos autorizadores da substituição da pena privativa de liberdade (44 do Código Penal) pela pena substitutiva de direitos. Destacando-se, em especial, que não foi aplicada pena privativa de liberdade superior a quatro anos e que o crime imputado não envolve violência ou grave ameaça à pessoa.

Dessa maneira, diante da presença dos requisitos legais autorizadores, não se trata de faculdade reconhecer o direito do réu a aludida substituição, devendo o recurso ser provido para que seja operada a substituição de pena privativa de liberdade.

IV – DO PREQUESTIONAMENTO

Eventualmente, caso as questões debatidas no presente recurso sejam levadas à discussão perante os tribunais superiores, fica prequestionada toda a matéria, invocando-se os dispositivos constitucionais e legais mencionados na fundamentação do recurso, os quais terão sido contrariados.

V - DOS PEDIDOS

Diante de todo o exposto, a Defesa quer:

a) o conhecimento do presente recurso;

b) o reconhecimento da extinção da punibilidade pela prescrição diante da necessária declaração de nulidade da interceptação telefônica e consequentemente dos atos decisórios subsequntes, como o recebimento da denúncia;

c) o seu provimento para reconhecer a atipicidade das condutas praticadas, absolvendo os réus, na forma do artigo 386, III, do Código de Processo Penal; da acusação de todos os crimes, reconhecendo em relação ao acusado Marcelino, subsidiariamente, apenas a participação de menor importância no crime contra a propriedade intelectual;

d) caso se superem todas as teses anteriores, seja determinado o início de cumprimento da pena no regime aberto e posteriormente seja substituída a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, na forma do artigo 33 e 44 do Código Penal;

e) sejam enfrentados expressamente todos os dispositivos apontados no texto do recurso para fins de prequestionamento legal;

f) sejam respeitadas todas as prerrogativas legais pertencentes à Defensoria Pública, em especial o prazo em dobro e a intimação pessoal, na forma do artigo 128, I, da LC nº 80/94;

Pede deferimento.

Local, data.

Assinatura

Defensor Público

Matrícula

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

Nucci, Guilherme de Souza. Código penal comentado – 15. Ed. rev., atual e ampl.- Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.1.242

Greco, Rogério. Curso de Direito Penal I. 10ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p.722

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

Súmula 502 do STJ: presentes a materialidade e a autoria, afigura-se típica, em relação ao crime previsto no artigo 184, parágrafo 2º, do Código Penal, a conduta de expor à venda CDs e DVDs piratas.

A estrutura central desse crime reside na consciência e vontade de os agentes organizaram--se em bando ou quadrilha [hoje, com a denominação de associação criminosa] com a finalidade de cometer crimes. Trata-se de crime autônomo, de perigo abstrato, permanente e de concurso necessário, inconfundível com o simples concurso eventual de pessoas. (Denun na Apn 549-SP, C.E., rel. Felix Fischer, 21.10.2009).

GABARITO DA BANCA EXAMINADORA:

- Gabarito: 1 - Apresentação e estrutura textual (legibilidade, respeito às margens e indicação de parágrafos) - 2 Desenvolvimento do tema - 2.1 Recursos de Apelação - 2.2 Crime de violação de direito autoral - 2.3 Crime de formação de quadrilha - 2.4 Crime de uso de documento falso - 2.5 Prescrição - 2.6 Regime de cumprimento inicial da pena - 2.7 Substituição da pena privativa de liberdade

DPE/AM - 2003 - CESPE

PEÇA PROCESSUAL PENAL - Realizado julgamento pelo tribunal do júri, foi lavrada ata, da qual constaram os seguintes protestos apresentados pela defesa: • indeferimento de adiamento do julgamento, porque a testemunha arrolada, em contrariedade ao libelo com a cláusula de imprescindibilidade, mudou-se para comarca contígua e não foi intimada, sem que disso tivesse ciência a defesa; • desistência de testemunha arrolada pela acusação durante intervalo do almoço, sem ciência do defensor; • oitiva de testemunha não-arrolada pelas partes a pedido de jurado. Foi proferida sentença do seguinte teor. Vistos etc. Júlio César foi denunciado e pronunciado pela prática de homicídio qualificado pela torpeza e surpresa. Submetido a julgamento pelo tribunal popular, foram reconhecidas a surpresa e a agravante articulada pelo promotor de justiça durante os debates do abuso da hospitalidade. A tese da defesa, legítima defesa própria, foi rejeitada por quatro votos. Apesar de ter sido reconhecido que o réu agiu repelindo injusta agressão a direito seu e a atualidade, entenderam os jurados que a ação não foi moderada e que os meios não eram necessários, o que caracterizou excesso doloso. Posto isso, condeno Júlio Cézar nas penas do art. 121, § 2.°, incisos I (torpeza), porque realmente ocorreu, e IV (surpresa), c/c art. 61, inciso II, letra "f", do Código Penal brasileiro. Passo à dosagem da pena. O réu é primário, possui bons antecedentes, é trabalhador e está terminando curso de doutorado. Por lhe serem favoráveis as circunstâncias judiciais, fixo-lhe a pena base um pouco acima do mínimo legal, ou seja, quinze anos de reclusão; servindo a qualificadora do motivo torpe como agravante, elevo-a em um ano, totalizando dezesseis anos de reclusão. Tendo sido reconhecida a agravante da hospitalidade aumento-a em mais um ano, tornando-a definitiva em dezessete anos de reclusão, à míngua de quaisquer outras causas de aumento ou diminuição. A execução do crime iniciou-se antes da entrada em vigor da lei dos crimes hediondos, entretanto, o resultado morte ocorreu quando já em vigor tal legislação, daí que o regime de cumprimento da pena será o integralmente fechado. Publicada em plenário e intimadas as partes, registre-se. Transitada em julgado, expeça-se mandado de prisão. Sala de sessões, quinta-feira, 8/9/1999. Diante da situação

hipotética acima, elabore as razões de apelação, desprezando a petição de interposição e o relatório. Considere ter sido apresentada no último dia do prazo e não ter ocorrido qualquer causa interruptiva ou suspensiva.

DIRECIONAMENTO DA RESPOSTA:

Antes de iniciarmos a elaboração da peça processual, é importante atentarmos para o que foi solicitado no enunciado da questão para não perder pontos e nem mesmo tempo fazendo o que não é necessário.

Neste caso, devemos começar com a apresentação das razões de apelação, sem a necessidade de petição de interposição. Como é sabido, a apelação no direito processual penal é bifásica, com prazo fatal de 5 dias para a petição de interposição (art. 593 do CPP) e de 8 dias para apresentação das razões recursais (art. 600 do CPP), sendo este último prazo impróprio.

No entanto, os prazos apontados serão dobrados, considerando a prerrogativa do prazo em dobro dos Defensores Públicos, nos termos do art. 128, I, da Lei complementar 80/94.

A interposição de apelação se dirige ao juiz prolator da decisão recorrida, enquanto que as razões são dirigidas ao tribunal competente.

A questão foi elaborada em 2003, antes da reforma de 2008. O caso, em tese, deveria ser respondido de acordo com a Lei anterior, em observância ao princípio da imediatidade consagrado no art. 2º do CPP. No entanto, diante do lapso temporal, decidimos elaborar a questão de acordo com a mudança operada, havendo ressalvas comparativas nas notas de rodapé.

Ultrapassadas as questões preliminares, passemos à elaboração da peça processual.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

EXMO SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA VARA CRIMINAL DA COMARCA DO ESTADO DO AMAZONAS

Processo nº:

JÚLIO CÉZAR, já qualificado nos autos da ação penal que lhe move o Ministério Público, através da Defensoria Pública do Estado do Amazonas, vem perante V. Exa., com fulcro no art. 600 do Código de Processo Penal, apresentar

RAZÕES DE RECURSO DE APELAÇÃO

Requer, uma vez recebido e processado, o encaminhamento ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Estado do Amazonas para julgamento.

Nestes termos,

Pede deferimento.

Local e data.

Defensor Público.

Matrícula

Razões de Apelação

Processo nº:

Apelante: Júlio Cézar

Apelado: Ministério Público

Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas,

Colenda Câmara Criminal,

Eméritos Julgadores,

RELATÓRIO:

Dispensado Relatório.

I. DA NULIDADE NA ELABORAÇÃO DOS QUESITOS[1] (art. 593, III, "a", do CPP)

Os quesitos elaborados pelo juiz presidente são uma reprodução fiel da pronúncia e das alegações das partes em plenário, nos termos do art. 482, parágrafo único, do CPP, devendo observância ao art. 483 do CPP. De acordo com o referido artigo, verifica-se que não há espaço para a quesitação das agravantes, já que os jurados não são competentes para decidir acerca do tema.

Compete, portanto, ao juiz presidente, no momento da aplicação da pena, analisar o cabimento das agravantes e atenuantes sustentadas em plenário, nos exatos termos do art. 492, I, do CPP.

Da análise dos autos, verifica-se que o juiz presidente violou o princípio do juiz natural ao quesitar aos jurados sobre a existência da agravante do abuso da hospitalidade, ao invés de analisar o seu cabimento no momento da aplicação da pena.

[1] Conforme narrado inicialmente, o fato ocorreu em 1999, antes da reforma operada pela Lei nº 11.698/08, que alterou diversos artigos do CPP, notadamente o procedimento do tribunal do Júri. Antes da reforma, no entanto, este tópico também poderia ser suscitado em sede de apelação, pois o órgão da acusação deveria apresentar o libelo (art. 416) e nesta ocasião fazer menção às agravantes, sob pena de preclusão. Assim, como o Ministério Público apenas alegou a agravante em sede de plenário, houve nulidade do julgamento. Nesse sentido: "Como na pronúncia o juiz não pode fazer menção a circunstâncias agravantes, era no libelo que o Parquet deveria cuidar para que as agravantes possíveis fossem incluídas, sob pena de preclusão". Nestor Távora, Rosmar Rodrigues Alencar. Curso de Direito Processual Penal, 11ª ed., Jus Podivm, p. 1237.

Destaca-se que o princípio do juiz natural tem previsão expressa na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, do qual o Brasil é signatário no art. 8º, nº 1: "Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente ou imparcial, estabelecido anteriormente pela lei, na apuração de qualquer acusação formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza."

Portanto, houve nulidade na elaboração dos quesitos, nos termos do art. 564, III, "k", do CPP.

II. DA NULIDADE DO JULGAMENTO POR AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DE TESTEMUNHA. CERCEAMENTO DE DEFESA. (art. 593, III, "a", do CPP)

A testemunha é meio de prova no processo penal, que influencia diretamente no direito de defesa do Réu. Nos termos do art. 5º, LV, da CRFB, é direito fundamental de cada uma das partes produzir as provas das suas alegações, em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Trata-se de verdadeiro direito constitucional de influir no convencimento do Conselho de Sentença para formar sua convicção a respeito dos fatos controvertidos, sendo a prova testemunhal sempre admissível.

É sabido que a testemunha que residir fora da Comarca será inquirida por carta precatória, não sendo esta obrigada a comparecer em Plenário, conforme entendimento consagrado pela jurisprudência. Não obstante, faz-se necessário que haja tentativa de localização da testemunha arrolada, através da já mencionada carta precatória, oportunidade em que a defesa será intimada do teor da inquirição, sob pena de nulidade, nos exatos termos da Súmula 155 do STF: É relativa a nulidade do processo criminal por falta de intimação da expedição de precatória para inquirição de testemunha.

Conforme verificamos no cotidiano do processo penal, a prova testemunhal acaba sendo o principal meio de prova do sistema. Assim, como a testemunha arrolada pela defesa iria influir na apuração da verdade substancial do processo, houve flagrante prejuízo para o Réu, a ensejar nulidade absoluta do julgamento, a contrário senso do art. 566 do CPP.

Diante do exposto, deve o julgamento ser declarado nulo, nos termos do art. 564, III, "h", do CPP.

III. DA NULIDADE DO JULGAMENTO POR DESISTÊNCIA DA TESTEMUNHA SEM A ANUÊNCIA DA DEFESA (art. 593, III, "a", do CPP)

No caso dos autos, conforme consignado pela defesa na assentada, o Ministério Público desistiu de inquirir uma das testemunhas da acusação sem a ciência do Defensor Público. Certo é que cada uma das partes pode arrolar até cinco testemunhas para o Plenário, conforme estabelece o art. 422 do CPP.

Apesar de as testemunhas serem arroladas exclusivamente por uma das partes, uma vez apresentadas, passam a fazer parte do processo, razão pela qual eventual desistência demandará a concordância prévia da outra parte, sob pena de violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

Segundo a doutrina, as testemunhas, uma vez arroladas, são "do processo" e não mais "da parte". Daí por que, até para evitar manobras fraudulentas, não se deve admitir a possibilidade de desistência unilateral, senão que necessariamente deve ser submetido ao contraditório o pedido (de desistência) e, se não houver a concordância da outra parte, não produz efeito. Ainda que o parágrafo segundo do art. 401 afirme que a parte poderá desistir da inquirição de qualquer testemunha arrolada, tal dispositivo deve ser interpretado conforme a Constituição e a garantia do contraditório

Portanto, diante da flagrante nulidade apontada, o Réu deverá ser submetido a novo julgamento.

IV. DA NULIDADE DO JULGAMENTO POR OITIVA DE TESTEMUNHA NÃO ARROLADA NO ROL DO ART. 422 DO CPP. (art. 593, III, "a", do CPP).

O artigo 422 do Código de Processo Penal estabelece o momento em que as partes deverão arrolar as testemunhas para depor em plenário e requerer, se for o caso, novas diligências.

A preparação prevista no referido dispositivo é ato antecedente ao julgamento em si. Uma vez praticado o referido ato de preparação, que não se confunde com o ato de julgamento propriamente dito, ocorrerá, em regra, a sua preclusão consumativa. A preclusão se justifica para que não haja violação ao princípio da não-surpresa para ambas as partes, uma vez que a oitiva de testemunha não arrolada, nos termos do art. 422 do CPP, acarreta violação aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa.

A violação ao princípio do devido processo legal é notória, já que desrespeitado o momento processual oportuno para arrolar as testemunhas, o que acarreta, necessariamente, violação à ampla defesa, pois não houve possibilidade de elaboração de uma defesa preventiva, sendo indevida a inovação processual nesta fase.

Diante do exposto, deve ser reconhecida a nulidade do julgamento.

V. DA DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. DO NECESSÁRIO AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA DA SURPRESA. (art. 593, III, "d", do CPP).

O Conselho de Sentença entendeu que o Réu atuou repelindo injusta agressão atual, atuando inicialmente em legítima defesa. Assim, é evidente que quem atua repelindo injusta agressão, apesar de agir em excesso, segundo o Conselho de Sentença, não pode atuar de forma a surpreender a suposta vítima, já que foi esta quem iniciou o ato ilícito.

A intenção da qualificadora em apreço é punir com maior rigor o agente que age no intuito de ocultar seu propósito criminoso, o que, por lógica, não pode ser aplicado ao acusado que tinha a única intenção de se defender.

Desta forma, há de se submeter o réu a novo julgamento em razão da necessidade de afastamento da qualificadora do recurso que impossibilitou a defesa do ofendido.

V. DA NECESSIDADE DE REFORMA DA SENTENÇA. DA SENTENÇA CONTRÁRIA À DECISÃO DOS JURADOS (art. 593, "b", do CPP).

O corpo de jurados é o juiz natural para julgar os crimes dolosos contra a vida, sendo a decisão proferida por este Conselho soberana (art. 5º, XXXVIII, "c" e "d" da CRFB). Da análise do julgamento, verifica-se que o Conselho de Sentença não reconheceu a qualificadora do motivo torpe, após devidamente quesitado, nos termos do art. 483, V, do CPP.

Insta salientar que o juiz competente para a análise das qualificadoras também é o Conselho de Sentença. Logo, a decisão proferida pelos jurados não pode ser modificada pelo juiz presidente, que tem competência restrita para a aplicação da pena. De acordo com a mais abalizada doutrina, a soberania dos vereditos alcança o julgamento dos fatos, sendo certo que esse julgamento não pode ser modificado pelo juiz togado ou pelo tribunal que venha a apreciar um recurso.

Não obstante o afastamento da referida qualificadora pelos jurados, o juiz presidente considerou a sua existência, utilizando-a inclusive como agravante na segunda fase de aplicação da pena.

Portanto, a sentença proferida pelo juízo a quo deve ser retificada, conforme estabelece o art. 593, § 1º, do CPP.

VI. DA NECESSÁRIA REFORMA DA SENTENÇA. VIOLAÇÃO AO QUESITO ABSOLUTÓRIO GENÉRICO.

À luz do art. 5º, XXXVIII, da CRFB, o tribunal do Júri é regido pelo princípio da plenitude de defesas (alínea "a"), que significa a mais ampla possibilidade de defesa, evitando-se todo o tipo de cerceamento. Assim, por não haver vinculação à defesa meramente técnica, os jurados irão votar de acordo com a íntima convicção, sem qualquer tipo de fundamentação.

É por esta razão que a partir da reforma de 2008, foi elaborado um quesito absolutório genérico, em que se quesita unicamente se o acusado deve ser absolvido. Sendo afirmativo o quesito absolutório genérico, o juiz presidente deve encerrar a votação, sob pena de ofensa à plenitude de defesa e à íntima convicção dos jurados.

No caso em análise, verifica-se que apesar de o Conselho de Sentença ter respondido de forma afirmativa ao quesito absolutório genérico, o juiz presidente prosseguiu na votação para saber se houve excesso, em ofensa ao entendimento consagrado pelo STJ.

VII. DA INJUSTIÇA NO TOCANTE À APLICAÇÃO DA PENA.

a)DA NECESSIDADE DE FIXAÇÃO DA PENA BASE NO MÍNIMO LEGAL

A sentença prolatada pelo Juiz Presidente aplicou ao réu uma pena base de 15 anos de reclusão. Neste contexto, a sentença, no que tange à fixação da pena-base, entendeu pela aplicação da mesma três anos acima do mínimo legal, sem apontar a fundamentação para tanto, em dissonância ao art. 93, IX, da CRFB.

Neste sentido, há de se entender como injusta a majoração da pena-base, notadamente porque o próprio magistrado reconheceu que o réu é primário, possui bons antecedentes e todas as demais circunstâncias do art. 59 do CP lhe são favoráveis.

De certo, a aferição da gravidade das consequências do crime de homicídio já foi levada em consideração pelo legislador pátrio quando da cominação da pena em abstrato para o referido delito, não servindo, pois, de parâmetro para a majoração da pena-base por ofensa ao princípio do ne bis in idem. Além da inexistência de circunstâncias desfavoráveis e da ausência de fundamentação, o aumento aplicado foi desproporcional, já que elevou a pena base em 3 anos de reclusão.

Assim, sendo todas as circunstâncias favoráveis, imperiosa a aplicação da pena no mínimo legal.

b) DO NECESSÁRIO AFASTAMENTO DA AGRAVANTE DO MOTIVO TORPE

Conforme anteriormente mencionado, apesar de o Conselho de Sentença não ter reconhecido a incidência da qualificadora do motivo torpe, o juiz presidente condenou o Réu nas penas do art. 121, §2º, I (torpeza) e IV (surpresa), do CP, sendo esta decisão manifestamente contrária à decisão dos jurados.

Destarte, em sendo afastada a qualificadora pelo juiz competente, que no caso é o corpo de jurados, não pode o juiz presidente considerá-la como agravante, sob pena de violação à soberania dos vereditos consagrado no art. 5º, XXXVIII, da CRFB.

Portanto, a decisão merece reforma para afastar o aumento de pena de um ano em razão do reconhecimento da agravante do motivo torpe.

c) DO AUMENTO DESARRAZOADO NA SEGUNDA FASE. DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

O juiz presidente, no momento da aplicação da pena, aumentou em mais um ano de reclusão diante do reconhecimento da agravante da hospitalidade. Evidencia-se que a majoração levada efeito não observou a necessária proporcionalidade, violando o princípio do devido processo legal substancial.

De acordo com a doutrina mais abalizada, no Direito Penal a proporcionalidade se sustenta desde Beccaria e se manifesta na ideia de imposição de pena na medida exata da consecução de sua finalidade social.

Assim, em sendo o aumento manifestamente desproporcional, impõe-se a reforma da sentença aplicada.

c) DA INADEQUAÇÃO DO REGIME

A decisão também deve ser reformada no item referente ao regime de pena fixado, senão vejamos.

Com base no princípio da individualização da pena presente no art. 5º, XLVI, da CRFB, o STF entendeu que o regime integralmente fechado estipulado no art. 2º da Lei nº 8.072/90 é inconstitucional, pelo que o juiz da execução deverá analisar o sistema progressivo de pena, nos exatos termos da Súmula vinculante 26 do STF.

Assim, considerando o teor da súmula vinculante, a decisão merece reforma no tocante ao regime aplicado pelo juiz a quo.

XVIII. DO PREQUESTIONAMENTO

Na eventual hipótese do presente recurso ser improvido, para fins de interposição de recursos excepcionais, uma vez que o prequestionamento é requisito essencial para o conhecimento dos recursos excepcionais, requer que seja expressamente mencionado no acórdão os seguintes dispositivos legais e constitucionais: art. 5º, XXXVIII, XLVI, LV; e art. 93, IX, todos da CRFB; art. 422; 482, parágrafo único; 482; 492, I, "b"; 564, III, "h", todos do CPP; e art. 121, IV, do CP.

IX. DOS PEDIDOS

Em vista do exposto, espera a Defesa seja conhecido e provido o presente recurso, no qual se requer para anular e cassar o veredicto proferido em primeiro grau, submetendo-se, por consequência, o Apelante a novo julgamento pelo Tribunal do Júri.

Na remota hipótese de ser ultrapassado o pedido anterior, insiste o Apelante para que seja provido o seu apelo a fim de ser retificada a sentença de primeiro grau, afastando-se a qualificadora do motivo torpe e para que seja reduzida a pena-base ao mínimo legal, bem como o percentual de aumento na segunda-fase de aplicação da pena, por ofensa ao princípio da proporcionalidade, sendo ainda afastada a agravante do motivo torpe e o regime integralmente fechado.

Requer ainda a manifestação expressa deste Tribunal com relação aos dispositivos constitucionais e legais mencionados, para fins de eventual prequestionamento.

Por fim, pugna-se pela intimação pessoal da Defensoria Pública de todos os atos processuais praticados, mediante vista com carga dos autos, inclusive da data da sessão de julgamento, a fim de viabilizar eventual sustentação oral.

Termos em que,

Pede deferimento.

Local e data.

Defensor Público

Matrícula.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

SÚMULA VINCULANTE 26: Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

DIREITO PROCESSUAL PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE NOVA MANIFESTAÇÃO NOS TERMOS DO ART. 422 DO CPP APÓS DETERMINAÇÃO DE NOVO JULGAMENTO COM BASE NO § 3º DO ART. 593 DO CPP. No caso em que o Tribunal, em apelação, determine a realização de

novo júri em razão do reconhecimento de que a decisão dos jurados fora manifestamente contrária à prova dos autos, não é possível que se conceda às partes o direito de inovar no conjunto probatório mediante a apresentação de novo rol de testemunhas a serem ouvidas em plenário. A preparação prevista no art. 422 do CPP, que consiste, entre outras coisas, na apresentação do rol de testemunhas que irão depor em plenário, é ato antecedente ao julgamento em si. Praticado o referido ato de preparação; que não se confunde com o ato de julgamento propriamente dito;, ocorrerá, em regra, a sua preclusão consumativa. Dessa maneira, tendo sido provida apelação tão somente para a realização de novo julgamento, não será possível repetir a realização de outro ato (o de preparação) que já fora consumado, sendo cabível proceder apenas ao novo julgamento do acusado. Além do mais, se o Tribunal ad quem determina um novo julgamento por estar convencido de que o veredicto exarado pelo Conselho de Sentença anterior seria manifestamente contrário à prova dos autos, deve o novo Júri realizar uma nova análise sobre o mesmo acervo de provas anteriormente analisado. Caso contrário, estar-se-ia, no novo Conselho de Sentença, diante do primeiro juízo de valoração de prova inédita; que não fora valorada no primeiro julgamento; sem que fosse possível outro pleito de anulação desse novo julgamento com base no art. 593, III, d, do CPP, visto que a norma contida na parte final do § 3º do aludido dispositivo impede a interposição de segunda apelação fundamentada no mesmo motivo. HC 243.452-SP, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 26/2/2013.

A Turma indeferiu habeas corpus no qual se pretendia que fosse intimada testemunha arrolada como imprescindível e residente em comarca diversa para depor em sessão do tribunal do júri. Considerou-se que, a teor do disposto no art. 222 do CPP, as testemunhas que residam fora da comarca, independente de serem ou não imprescindíveis, não estão obrigadas a comparecer em plenário, sendo estas ouvidas mediante carta precatória. ("Art. 20 - A testemunha que morar fora da jurisdição do juiz será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória, com prazo razoável, intimadas as partes. §1º A expedição da precatória não suspenderá a instrução criminal. §2º Findo o prazo marcado, poderá realizar-se o julgamento, mas, a todo tempo, a precatória, uma vez devolvida, será junta aos autos."). STF. HC 82.281-SP, rel. Min. Maurício Corrêa, 26.11.2002. (HC-82281)

DIREITO PROCESSUAL PENAL. NECESSIDADE DE ENCERRAR A VOTAÇÃO CASO OS JURADOS RESPONDAM AFIRMATIVAMENTE AO QUESITO REFERENTE À ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO. Suscitada a legítima defesa como única tese defensiva perante o Conselho de Sentença, caso mais de três jurados respondam afirmativamente ao terceiro quesito - "O jurado absolve o acusado?" -, o Juiz Presidente do Tribunal do Júri deve encerrar o julgamento e concluir pela absolvição do réu, não podendo submeter à votação quesito sobre eventual excesso doloso alegado pela acusação. Na atual sistemática do Tribunal do Júri, o CPP não prevê quesito específico sobre a legítima defesa. Após a Lei 11.689/2008, foram unificadas teses defensivas em um único quesito obrigatório (art. 483, inciso III, do CPP). Ao concentrar diversas teses absolutórias nesta questão - "O jurado absolve o acusado?" -, o legislador buscou impedir que os jurados fossem indagados sobre aspectos técnicos. Nessa perspectiva, declarada a absolvição pelo Conselho de Sentença, prosseguir no julgamento para verificar se houve excesso doloso constituiu constrangimento manifestamente ilegal ao direito ambulatorial do acusado. Caracteriza, ademais, ofensa à garantia da plenitude de defesa, pois o novo sistema permite justamente que o jurado possa absolver o réu baseado unicamente em sua livre

convicção e de forma independente das teses defensivas. HC 190.264-PB, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 26/8/2014. Decisão proferida no Informativo 545 do STJ.

O juiz tem poder discricionário para fixar a pena-base dentro dos limites legais, mas este poder não é arbitrário, porque o caput do art. 59 do Código Penal estabelece um rol de oito circunstâncias judiciais que devem orientar a individualização da pena-base, de sorte que, quando todos os critérios são favoráveis ao réu, a pena deve ser RELACIONADA no mínimo cominado. (STF, HC 76196-GO, 2º Turma, rel. Maurício Correa, 29.09.1998)

A Constituição Federal, ao criar a figura do crime hediondo, assim dispôs no art. 5º, XLIII: (...) Não fez menção nenhuma a vedação de progressão de regime, como, aliás - é bom lembrar -, tampouco receitou tratamento penal stricto sensu (sanção penal) mais severo, quer no que tange ao incremento das penas, quer no tocante à sua execução. (...) Evidente, assim, que, perante a Constituição, o princípio da individualização da pena compreende: a) proporcionalidade entre o crime praticado e a sanção abstratamente cominada no preceito secundário da norma penal; b) individualização da pena aplicada em conformidade com o ato singular praticado por agente em concreto (dosimetria da pena); c) individualização da sua execução, segundo a dignidade humana (art. 1º, III), o comportamento do condenado no cumprimento da pena (no cárcere ou fora dele, no caso das demais penas que não a privativa de liberdade) e à vista do delito cometido (art. 5º, XLVIII). Logo, tendo predicamento constitucional o princípio da individualização da pena (em abstrato, em concreto e em sua execução), exceção somente poderia aberta por norma de igual hierarquia nomológica." (HC 82959, Voto do Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgamento em 23.2.2006, DJ de 1.9.2006).

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

Aury Lopes Jr., "Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional", 7ª ed. Lumen Juris, p. 660, 570.

Guilherme de Souza Nucci. "Código de Processo Penal Comentado", 14ª ed., Forense, p. 672.

Luis Gustavo Grandinetti, "Processo Penal e Constituição- Princípios Constitucionais do Processo Penal", 5ª ed, p. 34.

Nestor Távora, Rosmar Rodrigues Alencar. "Curso de Direito Processual Penal", 11ª ed., Jus Podivm, p. 1218.

DPE/AC - 2012 - CESPE

PEÇA PROCESSUAL PENAL - Maicon, nascido em 3/2/1992, e seu primo Robert, nascido em 5/5/1990, foram denunciados pelo Ministério Público do Estado do Acre como incursos nos crimes previstos nos arts. 157, § 2.º, I e II, do Código Penal (CP) e 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006, sob a acusação de, por volta das 14 horas do dia 15/1/2012, terem-se dirigido à Padaria Pão de Ouro, localizada em bairro da periferia de Rio Branco – AC, e, com arma de brinquedo em punho, anunciado um assalto, exigindo que Jandira, empregada do estabelecimento, abrisse o caixa para que pudessem retirar o dinheiro que ali houvesse. Narra a inicial acusatória que, antes que Jandira conseguisse atender às ordens da dupla, Maicon, ao perceber a chegada de dois policiais militares, largou a arma no chão e,

juntamente com Robert, correu em direção à rua, ocasião em que ambos foram perseguidos pelos policiais. A denúncia relata, ainda, que os policiais perderam de vista os assaltantes, localizados instantes depois em frente à casa da mãe de Maicon, Rosalva, por informações de transeuntes que teriam visto os jovens correrem naquela direção. A exordial acusatória narra que os policiais, ao abordarem os jovens, encontraram, no bolso de Maicon, quatro porções da substância vulgarmente conhecida como crack, perfazendo massa bruta de 0,61 g, conforme descrito em laudo preliminar assinado por perito não oficial. Maicon e Robert foram presos em flagrante e encaminhados à delegacia de polícia, onde foram tomados os depoimentos dos policiais condutores e da vítima, Jandira, que reconheceu ambos como os autores do assalto. Na mesma ocasião, os presos informaram estar desempregados e teriam confessado a prática do tráfico de drogas e o assalto à padaria. Juntadas as respectivas fichas de antecedentes criminais, verificou-se a existência de registro apenas em relação a Robert, que fora condenado por furto, em processo que se encontra em grau de apelação, tendo-lhe sido concedido o direito de apelar em liberdade. A autoridade policial informou, em seu relatório final, que, em razão de greve dos peritos criminais, não teria sido possível a realização de laudo definitivo de exame químico da substância apreendida. Na audiência de instrução e julgamento, realizada em 2/7/2012 e conduzida sob a égide do rito previsto na Lei n.º 11.343/2006, os acusados negaram a autoria do roubo, tendo afirmado que, na hora dos acontecimentos descritos na denúncia, já se encontravam em frente à casa de Rosalva, conversando. Maicon disse, ainda, que a droga encontrada em seu poder era apenas para consumo próprio e que Robert não tinha conhecimento da sua existência. Este, por sua vez, afirmou não ser usuário e tampouco traficante de drogas, tendo asseverado que não tinha conhecimento da droga em poder de Maicon. Ambos esclareceram, ainda, que a confissão feita na delegacia ocorrera sob tortura. Jandira disse não poder afirmar com absoluta certeza que os réus foram os autores do assalto realizado na padaria, e os policiais responsáveis pelo flagrante não compareceram à audiência, tendo sido, então, os seus depoimentos dispensados pela acusação. Rosalva, mãe de Maicon, em seu depoimento, afirmou categoricamente que os réus, no dia dos fatos, almoçaram em sua residência e que permaneceram em frente à sua casa até o momento da abordagem dos policiais militares. Foi colhido, ainda, o depoimento de Roger, testemunha arrolada pela defesa, que afirmou que os réus eram usuários de droga e que não tinha conhecimento de que eles comercializassem drogas. Outra testemunha arrolada pela defesa, João, não compareceu à audiência de oitiva de testemunhas, tendo sido constatado que, por equívoco, não fora expedido o respectivo mandado de intimação. Apesar do pedido do defensor público para que fosse realizada nova audiência para a oitiva de João, o juiz indeferiu o pedido, ao argumento de que a providência era incompatível com o rito célere da Lei n.º 11.343/2006 e também porque a testemunha não teria nada a acrescentar às provas já colhidas. Dada a palavra aos representantes do Ministério Público e da Defensoria Pública, o juiz, afastando todas as teses defensivas e destacando especialmente a confissão realizada na fase policial, proferiu de imediato a sentença e condenou os réus, em concurso material, às seguintes sanções: 1) pena-base de 6 anos de reclusão e 200 dias-multa, no valor unitário de um salário mínimo, com base no art. 157, § 2.º, I e II, do CP, por considerar que a culpabilidade de Maicon era acentuada, já que fora ele a portar a arma no momento do assalto, e que Robert já recebera condenação por furto, a qual, por não estar transitada em julgado, não poderia ser mencionada para caracterizar reincidência, mas servia como indício de maus antecedentes. O magistrado não vislumbrou circunstâncias agravantes ou atenuantes. Ao aplicar o § 2.º do art. 157 do CP, considerou que havia a incidência de duas causas de aumento e majorou a pena em 3/8, tornando-a definitiva, em 8 anos e 3 meses de reclusão e 275 dias-multa, por

não vislumbrar qualquer outra causa de aumento ou de diminuição da pena. Fixou o regime inicialmente fechado para o cumprimento da pena, com fulcro no art. 33, § 2.º, "a", do CP. 2) pena-base de 8 anos de reclusão e 1.200 dias-multa, no valor unitário de um salário mínimo, com base no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006, por considerar acentuada a culpabilidade de Maicon, em cujo bolso a droga fora encontrada, e pelos maus antecedentes de Robert. O juiz destacou que as consequências do crime eram demasiadamente expressivas, pois a mercancia de drogas constitui uma das maiores mazelas de nossa sociedade, revelando-se o traficante o responsável pela deterioração da juventude. Com fundamento no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, ressaltou que a droga, o crack, era da pior natureza, e sua quantidade, expressiva. O magistrado não vislumbrou circunstâncias agravantes ou atenuantes e tampouco causas de aumento ou de diminuição da pena, tornando-a definitiva em 8 anos de reclusão e 1.200 dias-multa. Fixou o regime inicialmente fechado para o cumprimento da pena, em razão do disposto no art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 8.072/1990. Os réus saíram da audiência já intimados da sentença, ocasião em que manifestaram a intenção de recorrer e o defensor público designado para o caso assinou o termo recursal. Os autos foram encaminhados, em 16/7/2012, segunda-feira, à Defensoria Pública. Com base nos dados dessa situação hipotética e considerando que a sentença não possui ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão, redija, na qualidade de defensor público designado para o caso, a peça processual que entenda adequada, diversa de habeas corpus. Alegue toda matéria de direito processual e material pertinente à defesa e fundamente suas alegações. Dispense a narrativa dos fatos e não crie fatos novos. Date a peça no último dia do prazo de interposição do recurso pela Defensoria Pública, considerados dias de expediente todos os períodos de segunda a sexta-feira.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COLENDA CÂMARA

EMINENTES DESEMBARGADORES

MAICON e ROBERT, devidamente qualificados, por intermédio da Defensoria Pública, presentada pelo Defensor Público infra-assinado, no uso de suas atribuições institucionais, irresignado com a sentença condenatória proferida pelo juízo a quo, vem apresentar RAZÕES DE APELAÇÃO, com fundamento no art. 600, caput, do Código de Processo Penal (CPP), pelos fatos e fundamentos que passa a expor:

1.**DOS FATOS:**

Dispensado.

2.**DO CABIMENTO E DA TEMPESTIVIDADE:**

Inicialmente, cumpre ressaltar que o presente recurso é o adequado à espécie, pois o Código de Processo Penal em seu art. 593, I, dispõe expressamente ser cabível o recurso de apelação das sentenças definitivas de condenação.

Ademais, o recurso é tempestivo, pois apresentado no prazo legal, considerando a prerrogativa constante no art. 128 da Lei Complementar nº 80/94, que determina a contagem em dobro de todos os prazos processuais para a Defensoria Pública.

3.DO DIREITO:

3.1.DA PRELIMINAR DE NULIDADE PELA AUSÊNCIA DO LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO:

Preliminarmente, pugna a defesa pelo reconhecimento da nulidade da sentença condenatória ante a inexistência do laudo toxicológico definitivo.

É que o laudo preliminar não se presta a comprovar a materialidade do delito de tráfico de entorpecentes, sobretudo quando elaborado por perito não oficial como ocorreu nos presentes autos. É entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça a imprescindibilidade do laudo toxicológico definitivo para a condenação pelo crime de tráfico de drogas.

Em sendo assim, inexiste materialidade quanto ao delito de entorpecentes, o que enseja a nulidade do procedimento da Lei n º11.343/06 e, consequentemente, da sentença condenatória.

3.2.DA PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA ANTE A NÃO OITIVA DE UMA DAS TESTEMUNHAS:

Ainda preliminarmente, pugna a defesa pelo reconhecimento da nulidade do procedimento instrutório, ante o evidente cerceamento de defesa em razão do indeferimento do pedido de designação de nova audiência para a oitiva da testemunha de defesa (que não fora intimada para comparecer à audiência de instrução e julgamento).

Observa-se que João, testemunha de defesa, não compareceu à audiência de instrução processual em razão de não ter sido expedido o respectivo mandado de intimação. Verifica-se a existência de equívoco do próprio juízo que não procedeu a intimação necessária ao comparecimento. No entanto, em que pese a ausência de intimação ter sido ocasionada pela própria secretaria da vara, o magistrado indeferiu o pleito da defesa no sentido de que fosse designada uma nova oportunidade para a oitiva da mencionada testemunha.

Desse modo, tal decisão configurou manifesto prejuízo ao recorrente e não deveria ser tolerada, pois viola os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CRFB), razão pela qual deverá ser reconhecida a nulidade na sentença.

3.3.DA PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DO RITO DA LEI nº 11.346/06:

Em sede de matéria preliminar, é mister reconhecer a inadequação do rito da Lei 11.346/06. É que no presente caso os denunciados foram acusados da prática do crime de roubo majorado (art. 157, §2º, I e II, do CP) e de tráfico de entorpecentes (art. 33 da Lei nº 11.343/06). Nesta situação, havendo concurso entre um crime regido pelo procedimento ordinário e o procedimento especial, deve-se optar pelo rito mais abrangente, consagrando a ampla defesa. Em sendo assim, deveria ter sido feita a opção pelo rito ordinário.

O Superior Tribunal de Justiça caminha no sentido de entender como nulidade relativa a observância do procedimento da Lei 11.343/06 no caso de concurso de delitos, exigindo

para o reconhecimento da nulidade a prova do prejuízo. Ocorre que no presente caso o prejuízo restou efetivamente demonstrado, visto que foi indeferida a redesignação de audiência para a oitiva de uma testemunha de defesa utilizando-se exatamente a justificativa de que tal "providência era incompatível com o rito célere da Lei 11.343/2006."

Ante o exposto, comprovada a existência de efetivo prejuízo aos acusados, deverá ser reconhecida a nulidade de toda a instrução criminal em razão da inadequação do rito da Lei nº 11.343/06.

3.4.DA PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO COM BASE APENAS EM PROVAS COLHIDAS NA FASE INQUISITORIAL

Ainda em matéria preliminar, a Defesa pugna pelo reconhecimento da nulidade da sentença, visto que os indícios de materialidade e autoria, levados em consideração pelo magistrado, foram colhidos apenas durante o inquérito policial. O art. 155 do CPP não admite que o juiz decida com base exclusivamente em provas do procedimento inquisitorial, pois estas não foram produzidas sobre o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Ademais, durante a instrução judicial não foram produzidas quaisquer provas aptas a demonstrar o cometimento do crime pelo recorrente. Ao contrário, a vítima do delito de roubo foi incapaz de afirmar com certeza absoluta que os acusados foram os autores do crime; a genitora de Maicon afirmou que no dia dos fatos os acusados almoçaram em sua residência e permaneceram em frente à casa até o momento da abordagem dos policiais militares; a testemunha Roger afirmou que os réus eram usuários de droga, não tendo conhecimento de que estes realizassem o comércio de entorpecentes.

Do mesmo modo, os recorrentes negaram a autoria delitiva quanto ao suposto crime de roubo quando de seus interrogatórios e o acusado Maicon esclareceu que portava a droga para consumo próprio e que o corréu Robert não tinha conhecimento da existência da mesma. Faz-se necessário destacar ainda que os policiais militares não foram ouvidos em juízo, pois não compareceram à audiência de instrução e julgamento e tiveram suas oitivas dispensadas pelo representante do Ministério Público.

Cumpre ainda ressaltar que os únicos elementos de prova colhidos contra os acusados, e como se disse, em sede inquisitorial, foram os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão. No entanto, tais depoimentos não deveriam ser considerados, pois os agentes possuem o interesse direto em defender as investigações realizadas, de modo a demonstrar a correção do seu trabalho, demonstrando uma parcialidade que não deve existir aos que servem como testemunhas, bem como uma confissão extrajudicial obtida sob tortura e, portanto, inadmissível.

Em sendo assim, não há indícios de autoria aptos a ensejar a condenação dos recorrentes, visto que não há prova judicial apta a demonstrar que os acusados foram o autor dos delitos, razão pela qual não deve subsistir a sentença proferida em clara afronta ao disposto no art. 155 do CPP.

3.5.DO MÉRITO

3.5.1.DA ABSOLVIÇÃO DE ROBERT QUANTO AO CRIME DE TRÁFICO:

Caso superadas todas as preliminares aventadas, impõe-se o reconhecimento da absolvição do corréu ROBERT quanto ao delito de tráfico de drogas.

Como já ressaltado, sequer existe prova da materialidade do delito de tráfico de entorpecentes, visto que ausente o laudo toxicológico definitivo. Todavia, ainda que se admita, tão somente por argumentar, que o material apreendido tratava-se realmente de substância entorpecente, verifica-se que tal conduta não pode ser imputada ao acusado ROBERT.

O suposto material tóxico foi apreendido no bolso de MAICON. Ademais, não há qualquer prova apta a relacionar o acusado ROBERT ao entorpecente. Ao contrário, o corréu ROBERT confessa em seu interrogatório que a substância lhe pertencia e que MAICON desconhecia a existência desta. No mesmo sentido, MAICON, em seu interrogatório judicial, afirmou não ter conhecimento de que ROBERT portava droga.

Ante o exposto, inexistindo prova de autoria delitiva quanto ao acusado ROBERT em relação ao delito de tráfico de drogas, faz-se necessária a sua absolvição nos termos do art. 386, V, do CPP.

3.5.2.DA DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE USO (ART. 28 da LEI 11.343/2006):

Subsidiariamente, impõe-se reconhecer que o caso penal destes autos revela ter havido consumo de drogas, e não a sua traficância.

Observa-se da quantidade de material apreendido, aliado ao fato de os acusados serem conhecidos como dependentes de tóxicos, conforme depoimento da testemunha de defesa Roger, tendo inclusive o acusado MAICON confessado tal conduta, que são circunstâncias que afastam a traficância, a qual exige atos inequívocos para tal fim, inexistentes na conduta dos denunciados.

Trata-se, na verdade, de cidadãos que adquirem o produto ilícito e o estocam para o fim de ter acesso à droga quando dela necessitar, motivo pelo qual devem responder pelo crime previsto no artigo 28 da Lei 11.343/06. Enfim, temos que nos autos não há elementos aptos a atestar que os recorrentes praticam a atividade ilícita de tráfico de drogas.

Cumpre ressaltar que não foram sequer apreendidos valores ou outros instrumentos afetos à prática do tráfico de entorpecentes com os recorrentes. Portanto, diante de todo o exposto, o delito pelo qual os réus foram condenados não poderia ter sido o de tráfico, haja vista total ausência de material probatório apto a dar ensejo a tal sentença condenatória.

Desta forma, necessária a reforma da sentença, com a consequente desclassificação do tráfico para o delito previsto no art. 28 Lei nº 11.343/06.

3.5.3.DA ABSOLVIÇÃO DOS RECORRENTES QUANTO AO DELITO DE ROUBO

Quanto ao delito de roubo, também verifica-se a absoluta impossibilidade de condenação dos acusados. Em seus interrogatórios judiciais, os acusados negam que tenham participado do crime. Afirmam que no momento dos fatos já se encontravam em frente à casa da genitora de Maicon, conversando.

Ressalta-se que no mesmo sentido a testemunha Rosalva, genitora de Maicon, relatou que os acusados almoçaram e ficaram em frente a sua casa na data do fato, ocasião em que foram abordados pela polícia. Ademais, a vítima, quando ouvida em juízo, não foi capaz de reconhecer os acusados como autores da tentativa de assalto.

Não existe prova judicializada a justificar a condenação dos recorrentes. A prova levada em consideração pelo douto magistrado ao proferir a sentença restringiu-se aos depoimentos em sede inquisitorial dos policiais militares que participaram apenas da abordagem dos acusados em um momento posterior, não tendo sido testemunhas presenciais do suposto fato delitivo e na confissão extrajudicial dos acusados obtida sob tortura.

Pelo contexto fático acima, conclui-se pela não comprovação da existência do crime de roubo e muito menos pela autoria por parte dos acusados. Cumpre ainda ressaltar que vigora no processo penal, como princípio universal, o in dubio pro reo. Tal princípio prescreve que o julgador, ao deparar-se com fatos dúbios, inaptos a formar uma convicção firme e consistente sobre a necessidade de condenação, deve absolver o acusado, sob pena do cometimento de injustiça.

Destarte, não havendo provas cabais da existência do crime, bem como da participação dos denunciados no cometimento da infração penal patrimonial que lhes é imputada, imprescindível se mostra a absolvição por ausência de provas suficientes para a condenação, nos termos do at. 386, VII, do Código de Processo Penal.

3.6.DA DOSIMETRIA DA PENA QUANTO AO CRIME DE ROUBO

3.6.1.DA NECESSIDADE DA FIXAÇÃO DA PENA BASE NO MÍNIMO LEGAL:

Subsidiariamente, caso mantida a condenação em relação ao delito de roubo, os recorrentes se irresignam quanto à dosimetria da pena privativa de liberdade imposta pelo Juízo a quo.

Com efeito, houve equívoco na valoração da pena-base do Recorrente MAICON, quando o julgador considerou desfavorável a sua culpabilidade em razão de portar a arma no momento do assalto e com relação ao Recorrente ROBERT por possuir condenação pelo crime de furto não transitada em julgado que foi tida como maus antecedentes.

A pena base só poderá ser fixada acima do mínimo legal atendendo aos critérios do art. 59 do CP, o que não ocorreu no presente caso.

Quanto ao Recorrente MAICON, a arma portada era de brinquedo, a qual não é capaz de gerar qualquer perigo concreto apto a ensejar uma maior culpabilidade. Ao revés, é apenas apta a caracterizar a grave ameaça inerente ao tipo de roubo, pois, caso contrário, não seria sequer considerado um delito de roubo ante a inexistência de violência/ grave ameaça.

Por sua vez, em relação ao Recorrente ROBERT, foi valorada a título de antecedentes uma condenação não transitada em julgado. Tal atitude viola o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CRFB) e a Súmula 444 do STJ, que impede a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

Dessa feita, requer-se a redução da pena-base, com a sua consequente fixação no mínimo legal.

DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA

Observa-se que, em que pese o douto magistrado tenha se utilizado da confissão extrajudicial dos réus para fundamentar, o decreto condenatório não reconheceu a presença da atenuante prevista no art. 65, III, "d", do CP quando da dosimetria da pena.

Ocorre que de acordo com a súmula 545 do STJ, sempre que a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante da confissão espontânea. Em sendo assim, ainda que a confissão tenha se dado apenas em sede extrajudicial, os recorrentes têm direito à aplicação da atenuante prevista no art. 65, III, "d", do CP, fazendo-se necessária a reforma da sentença para inclusão da atenuante em questão.

3.6.2.DA ATENUANTE DA MENORIDADE RELATIVA PARA O ACUSADO MAICON

Ademais, em relação ao acusado MAICON, considerando que este era menor de 21 anos na data dos fatos, deverá ser reconhecida a atenuante da menoridade relativa prevista no art. 65, I, do CP.

3.6.3.DO AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO INCISO I DO §2º DO ART. 157 DO CP:

No ponto, a defesa pugna pela exclusão da majorante do emprego de arma prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, uma vez que os autos demonstraram que se tratava de arma de brinquedo.

É certo que o porte de arma, qualquer que seja ela, própria ou imprópria, configura a hipótese de grave ameaça, elementar do delito de roubo. Porém, o mesmo não se pode afirmar com relação à causa especial de aumento de pena, consistente no uso de arma, se não comprovada a aptidão do instrumento para o ataque.

Daí porque o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal entendem não estar caracterizada a qualificadora nos casos de utilização arma de brinquedo. Ressalta-se que a súmula do STJ que dispunha em sentido contrário foi cancelada, a demonstrar a mudança de orientação das Cortes Superiores.

Assim, faz-se necessário o reconhecimento da não configuração da causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, com o consequente redimensionamento da pena imposta aos apelantes.

3.6.4.DA MAJORAÇÃO DA PENA POR CRITÉRIO UNICAMENTE MATEMÁTICO

Verifica-se que a sentença de primeiro grau reconheceu as majorantes do delito de roubo, aumentando a pena em com base em critério exclusivamente matemático, o que é vedado pela súmula 443 do STJ, que exige fundamentação concreta para o aumento.

Neste aspecto, requer a modificação da sentença com fixação da fração mínima de aumento, a saber, 1/3 (um terço).

3.6.5.**DA TENTATIVA**

Em que pese a sentença ter reconhecido o crime patrimonial na modalidade consumada, nos presentes autos houve tentativa de um crime que não se consumou por circunstâncias alheias à vontade dos agentes, nos termos do que proclama o artigo 14,II, do CP.

Com efeito, restou plenamente demonstrado que não houve a inversão da posse dos bens subtraídos da vítima em favor dos denunciados. Os denunciados teriam fugido ao perceber a chegada dos Policiais Militares antes que a vítima atendesse a ordem de abrir o caixa para a retirada dos valores.

Desta forma, patente no caso presente que o delito de roubo ocorrido deu-se na forma tentada, e não consumada, como reconhecida na sentença condenatória, devendo ser aplicada a diminuição de pena prevista no art. 14, II, do CP em seu grau máximo.

3.6.6.DA PENA DE MULTA

Considerando a necessidade da reforma da sentença penal no tocante à dosimetria da pena, faz-se necessário o redimensionamento da pena, tendo em vista as circunstancias judiciais que informam a correta individualização da pena. Nesse sentido, as circunstâncias do fato devem determinar a diminuição da pena pecuniária em seu patamar mínimo.

Note-se, ainda, que o valor fixado para cada dia multa deverá observar os limites mínimo da legislação penal geral, expressos no art. 49 do CP, ou seja, 10 dias-multa e no valor de 1/30 do salário mínimo nacional, em razão de os recorrentes serem pobres na forma da lei.

3.7.DA DOSIMETRIA DA PENA QUANTO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS

3.7.1.DO REDIMENSIONAMENTO DA PENA BASE NO MÍNIMO LEGAL

Em relação ao crime de tráfico de drogas, novamente o magistrado de primeiro grau se utilizou de critérios inidôneos para a fixação da pena além do mínimo legal, desatendendo ao disposto no art. 59 do CP.

No tocante ao Recorrente MAICON, o eminente juiz considerou desfavorável a sua culpabilidade, pois a droga teria sido encontrada em seu bolso. Ocorre que tal circunstância é ínsita ao próprio tipo penal, que tem entre suas condutas a de "portar" a substância entorpecente, caracterizando bis in idem o aumento de pena levado à efeito em tal circunstância.

Já em relação ao Recorrente ROBERT, foi valorada, a título de antecedentes, uma condenação não transitada em julgado, em afronta à Súmula 444 do STJ e ao princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CRFB). Ademais, ao contrário do consignado na sentença, a droga foi apreendida em pequena quantidade (menos de 1 grama) o que não justifica o aumento com base nessa circunstância

Dessa feita, requer-se a fixação da pena base no mínimo legal.

3.7.2.DA ATENUANTE DO ART. 65, III, "d", do CP

Considerando que a confissão extrajudicial dos recorrentes foi utilizada para fundamentar a condenação, faz-se necessária incidência da atenuante da confissão espon-

tânea prevista para ambos os acusados, nos termos da súmula nº 545 do STJ e art. 65, III, "d". do CP.

3.7.3.DA ATENUANTE DO ART. 65, I, do CP PARA O ACUSADO MAICON

Em razão de o denunciado MAICON ser menor de 21 (vinte e um) anos na data da ocorrência do delito, é imperioso o reconhecimento da atenuante da menoridade relativa, conforme disposto no art. 65, I, do CP.

3.7.4.DA APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, §4º DA LEI Nº 11.343/2006

No caso em tela, os Apelantes fazem jus à causa de diminuição de pena constante do art. 33, §4°, da Lei n. 11.343/06, o que não restou reconhecido pelo Juiz em sua sentença. Este dispositivo estabelece que nas hipóteses em que o réu é primário e de bons antecedentes e não se dedica às atividades criminosas, fará jus a redução em sua pena, com patamar de variação entre 1/6 a 2/3. A redução do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06 é direito subjetivo dos acusados que se enquadrem nos requisitos legais.

Os Apelantes preenchem os requisitos constantes do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, pois são primários, tem bons antecedentes e não se dedicam a atividades criminosas, muito menos integram organizações voltadas para a prática de ilícitos.

Portanto, impõe-se a redução da pena, em razão do reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, 4º, da Lei n° 11.343/06, em sua fração máxima.

3.7.5.DA PENA DE MULTA

Em razão do redimensionamento da pena privativa de liberdade pelos argumentos expostos e levando em consideração a situação econômica dos recorrentes, a defesa pugna para que a quantidade e o valor fixado para cada dia multa observem os limites mínimos da legislação penal

DO REGIME E DA SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS

Cumpre destacar que não subsiste em nosso ordenamento jurídico a previsão do regime inicial obrigatoriamente fechado para o delito de tráfico de drogas, pois a jurisprudência do STF consolidou entendimento segundo o qual a hediondez ou a gravidade abstrata do delito não obriga, por si só, o regime prisional mais gravoso.

O juízo, em atenção aos princípios constitucionais da individualização da pena e da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, deve motivar o regime imposto observando a singularidade do caso concreto, atentando-se aos preceitos estabelecidos no art. 33, § 2º, do Código Penal.

Desta feita, pugna a Defesa para, caso acatados os pedidos aqui propostos atinentes à dosimetria da pena e caso esta seja fixada em patamar não superior a 4 (quatro) anos, seja concedido aos acusados o regime aberto (art. 33, §2º, "c", do CP) e o benefício da substituição por pena restritiva de direitos (art. 44 do CP). Já caso seja superior a 4 (quatro) anos mas

não exceda a 8 (oito) anos, seja determinado o regime semiaberto (art. 33, §4º, "b", do CP) para o cumprimento da reprimenda imposta.

4.DO PREQUESTIONAMENTO

Para fins de prequestionamento indica-se todos os artigos constitucionais e legais, notadamente os citados no presente recurso.

S.DOS PEDIDOS

Diante de todo o exposto, requer-se:

a)o recebimento, o devido processamento e o provimento do presente;

b)a intimação do membro do Ministério Público para apresentar contrarrazões ao presente recurso;

c)decretação da nulidade do processo em razão da ausência de laudo toxicológico definitivo;

d)reconhecimento da nulidade do processo por cerceamento de defesa em razão da recusa na oitiva de uma das testemunhas arroladas;

e)declaração da nulidade em razão da inadequação do rito previsto na Lei nº 11.343/06;

f)anulação da condenação proferida com base em provas colhidas exclusivamente na fase inquisitorial;

g)absolvição do recorrente ROBERT quanto ao delito de tráfico de drogas nos termos do art. 386, V, do CPP;

h)absolvição de ambos os recorrentes em relação ao delito de roubo, com fundamento no art. 386, VII, do CPP;

i)desclassificação, para ambos os réus, do crime previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006 para o delito do art. 28 do mesmo diploma legal;

j)subsidiariamente, a fixação das penas-base no mínimo legal;

k)reconhecimento da atenuante da confissão espontânea para ambos os acusados e da menoridade relativa para o recorrente MAICON;

l)o afastamento da causa de aumento de pena prevista no art. 157, §2º, II do CP;

m)aplicação no patamar mínimo da majoração decorrente da aplicação do art. 157, §2º, do CP;

n)emprego da causa de diminuição de pena pela tentativa no delito de roubo no grau máximo;

o)reconhecimento da minorante prevista no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06 em seu patamar máximo;

p)alteração dos regimes iniciais de cumprimento de pena para o regime aberto ou semiaberto;

q)substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito;

r)redimensionamento da pena de multa para o mínimo legal.

Requer ainda que sejam observadas todas as prerrogativas inerentes à Defensoria Pública, tais como: intimação pessoal, prazo em sobro e dispensa do instrumento procuratório (art. 128 da Lei Complementar nº 80/94), bem como os benefícios da justiça gratuita para o recorrente, nos termos do art. 5º,LXXIV da CF e da Lei nº 1.060/50.

Nestes termos, pede e espera deferimento.

Local, 01 de agosto de 2012.

Defensor Público

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

HABEAS CORPUS Nº 350.996 - RJ (2016/0062707-0) RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO PACIENTE : FERNANDO DE SOUZA GONCALVES . EMENTA PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AUSÊNCIA DE LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia. 2. É imprescindível, para a condenação pelo crime de tráfico de drogas, que seja anexado o laudo toxicológico definitivo, concluindo que a falta desse laudo conduz à absolvição do acusado por falta de materialidade delitiva. Precedentes. 3. Somente em situação excepcional poderá a materialidade do crime de drogas ser suportada por laudo de constatação, quando permita grau de certeza idêntico ao do laudo definitivo, pois elaborado por perito oficial, em procedimento e com conclusões equivalentes. 4. A prova testemunhal não tem o condão de suprir a ausência do laudo definitivo, na medida em que somente tem relevância no que diz respeito à autoria e não à materialidade do delito, daí a imprescindibilidade. 5. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para absolver o paciente dos delitos previstos nos arts. 33 e 35 da Lei n. 11.343/2006, a ele imputados na Ação Penal n. 0005247-21.2014.8.19.0016. (Data do Julgamento: 24/08/2016)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO E POSSE ILEGAL DE ARTEFATO EXPLOSIVO OU INCENDIÁRIO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. CONCURSO MATERIAL. CRIMES COM RITOS DISTINTOS. ADOÇÃO

DO PROCEDIMENTO DA LEI DE DROGAS. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. AMPLA DEFESA OBSERVADA. CRIME PREVISTO NO ARTIGO 35 DA LEI N. 11.343/2006. ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA DA ASSOCIAÇÃO. REINCIDÊNCIA. CONSTITUCIONALIDADE. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso ou ação cabível, salvo nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia jurídica. 2. Em obediência aos princípios constitucionais que informam o processo penal, em especial o do contraditório e o da ampla defesa, no caso de concurso de crimes - conexos ou continentes - com procedimentos diversos, deve ser adotado o procedimento em que seja prevista a maior possibilidade de defesa ao acusado. 3. Para a declaração de nulidade de determinado ato processual, deve haver a demonstração de eventual prejuízo concreto suportado pela parte, não sendo suficiente a mera alegação da ausência de alguma formalidade, mormente quando se alcança a finalidade que lhe é intrínseca, consoante o disposto no artigo 563 do Código de Processo Penal. 4. Embora, no rito ordinário, a defesa possa arrolar até 8 (oito) testemunhas, enquanto que, no rito da Lei de Drogas, até o número de 5 (cinco), não há constrangimento ilegal na adoção do procedimento previsto na Lei n. 11.343/2006 quando verificado que, na audiência de instrução e julgamento, a defesa quis ouvir apenas 2 de suas testemunhas. 5. Não há constrangimento ilegal no procedimento adotado pelo Juiz singular, quando verificado que, tanto na resposta à acusação quanto na audiência de instrução e julgamento, a defesa quedou-se inerte, nada falando sobre o rito aplicado. 6. Em que pese tenha sido adotado o procedimento da Lei de Drogas, a Corte estadual salientou que o interrogatório do paciente ocorreu apenas depois da oitiva de todas as testemunhas, o que possibilita uma maior amplitude de defesa, já que permite que o acusado rebata todos os argumentos e todas as provas que foram produzidas na instrução. 7. A jurisprudência deste Superior Tribunal firmou o entendimento no sentido de que, para a subsunção da conduta ao tipo previsto no artigo 35 da Lei n. 11.343/2006, é necessária a demonstração concreta da estabilidade e da permanência da associação criminosa. 8. No caso, tendo o Juiz sentenciante apontado a existência de elementos concretos que efetivamente demonstram a estabilidade e a permanência da associação criminosa da qual o paciente era integrante, mostra-se inviável a sua absolvição em relação ao delito previsto no artigo 35 da Lei de Drogas, como pretendido. 9. O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE n. 453.000/RS (DJ 3/10/2013), de relatoria do Ministro Marco Aurélio, declarou a constitucionalidade da aplicação do instituto da reincidência como agravante da pena em processos criminais. 10. Habeas corpus não conhecido. (STJ, HC 217.972/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 07/11/2013, DJe 26/11/2013) (grifou-se).

PENAL. HABEAS CORPUS. ATENTADO AO PUDOR MEDIANTE FRAUDE CONSISTENTE EM BEIJAR E AGARRAR VÍTIMA DE 19 ANOS, NA ÉPOCA DOS FATOS, QUE HAVIA SE APRESENTADO PARA UMA ENTREVISTA DE EMPREGO. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 1 ANO E 4 MESES DE RECLUSÃO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS PESSOAIS DESFAVORÁVEIS. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ORDEM CONCEDIDA, APENAS PARA FIXAR A PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL SENDO MANTIDA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS, PELO PRAZO DA CONDENAÇÃO. 1. Segundo iterativa jurisprudência desta Corte, a elevação da

pena-base acima do mínimo legal deve ser fundamentada em aspectos concretos, sendo insuficiente a simples transcrição das circunstâncias judiciais do art. 59 do CPB; outrossim, é inviável utilizar-se de elementos intrínsecos ao tipo para a referida majoração. 2. Ordem concedida, em conformidade com o parecer ministerial, apenas para fixar a pena-base no mínimo legal, ou seja, 1 ano de reclusão. Como não há agravantes, nem causas de diminuição ou aumento de pena, torno a pena definitiva em 1 ano de reclusão, mantida a substituição por restritiva de direitos, tal como determinada pelo Juízo sentenciante, pelo prazo da condenação. (STJ, HC 90.022/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 07/10/2008, DJe 28/10/2008)

Súmula 444 – STJ:É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

Súmula 545-STJ: Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no artigo 65, III, d, do Código Penal.

Súmula 443 – STJ: O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes.

Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida. 1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados. 2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado. 3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto. 4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal. 5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que "[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado". Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado. (STF - HC 111840, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/06/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-249 DIVULG 16-12-2013 PUBLIC 17-12-2013)

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

-LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal – Volume Único. Juspodivm.

-LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. Saraiva.

- NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. Editora Revista dos Tribunais.

GABARITO DA BANCA EXAMINADORA:

- Gabarito: 1- Apresentação e estrutura textual (legibilidade, respeito as margens e indicação de parágrafos) 2- Desenvolvimento do tema 21 Razoes de apelação (CPP, art. 600, caput) 2.2 Preliminares: ausência do laudo toxicológico definitivo; na oitiva de uma testemunha de defesa; inadequação do rito da Lei 11.343/2006: condenação com base apenas em provas colhidas na fase policial 2.3 Mérito: absolvição de Robert no crime de tráfico (CPP, art. 386, V e MI); pedido de desclassificação, para ambos os réus, do crime previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006 para o art. 28 da mesma lei; absolvição de ambos os réus no crime de roubo (CPP, art. 386, IV, 'V alai!) 2.4 Fixação das penas de reclusão e de multa no crime de roubo: impugnação da pena-base acima do mínimo legal (CP, art. 59); aplicação da atenuante da confissão espontânea para ambos os reus (CP, art. 65, III, ad"): aplicação da atenuante da menoridade para Maicon (CP, art. 65, i,); afastamento da causa de aumento prevista no inciso I do § 2.° do art. 157 do CP; impugnação a majoração por ocasião da aplicação do § 2.° do art. 157 do CP, feita com critério meramente matemático; aplicação da causa de diminuição da pena pela tentativa em seu patamar máximo (CP, art. 14.11 e parágrafo único)2.5 Fixação das penas de reclusão e de multa no crime de Trafico: impugnação da pena-base acima do mínimo legal (CP, art. 59); aplicação da atenuante da confissão espontânea para ambos os réus (CP, art. 65,111, "d"); aplicação da atenuante da menoridade para Maicon (CP, art. 65, I); aplicação da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4_0, da Lei 11.3.43/2006 2.6 Alteração dos regimes iniciais de cumprimento das penas privativas de liberdade: regime aberto (CP, art. 33.,§2.°, "0"); regime semiaberto (CP, art. 33, § 2.°, "b"); substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direito (CP, art 44)-2.7 Pedido, em ordem sucessiva: conhecimento e provimento do recurso; decretação da nulidade do processo, em razão da ausência do laudo toxicológico definitivo, da não oitiva de uma das testemunhas da defesa, da inadequação do rito processual utilizado; da Lei 11.343106; e da condenação com base unicamente em provas colhidas na fase policial; absolvição de Robert no crime de tráfico (CPP, art. 386, V); absolvição de ambos os réus no crime de roubo (CPP, art. 386, IV, V e MI); desclassificação, para ambos os réus, do crime previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006 para o art. 28 da mesma lei; fixação das penas-base no mínimo legal (CP, art. 59); reconhecimento das a atenuantes de confissão espontânea (CP, art. 65,111, "d") a menoridade de Maicon (CP, art 65,1); afastamento da causa de aumento prevista no inciso I do § 2.° do art. 157 do CP; aplicação no grau mínimo da majoração decorrente da aplicação da § 2.° do art 157 do CP; aplicação da causa de diminuição da pena pela tentativa (CP att 14, 11 e paragrafo único), com relação ao crime de roubo, a da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4.0, da Lei 11.34342006, no que tange ao crime de tráfico, ambas em seu patamar máximo; alteração dos regimes iniciais de cumprimento das penas privativas de liberdade para o aberto ou semiaberto (CP, art. 33) e substituição das penas privativas de liberdade par restritivas de direitos (CP, art. 44)

RECURSO DE APELAÇÃO

DPE/TO - 2012 - CESPE

PEÇA PROCESSUAL - Em 26/5/2008, mediante grave ameaça por arma de fogo, Afonso, Silas, Jeremias, maiores e capazes, e M.S, com 17 anos de idade à época, renderam os dois seguranças de um banco privado na cidade de Aurota do Tocantis – TO e lhes subtraíram dois aparelhos celulares e dois revólveres de calibre 38. Em seguida, arrombaram

dois caixas eletrônicos da referida instituição bancária, com o uso de explosivos, e deles subtraíram a quantia de R$ 26.600,00. Na fuga, roubaram o furgão de entrega expressa dos Correios, mantiveram o carteiro e o motorista como reféns, a fim de garantirem êxito na fuga, e os libertaram horas depois em cidade vizinha. Subtraíram do furgão um malote com correspondência bancária e cartões de créditos, e evadiram-se, usando diferentes veículos, em direções distintas. No mesmo dia, Afonso foi encontrado por policiais militares e preso em flagrante delito, tendo confessado a prática dos crimes e indicado os endereços dos demais comparsas, que foram presos preventivamente, com exceção de M.S., que foi apreendido por medida cautelar, ficando em internação provisória, determinada judicialmente. No curso da investigação, apurou-se que Afonso havia sido condenado anteriormente, por crime contra o patrimônio, em regime aberto, e estava foragido. Contra Silas a certidão de antecedentes criminais apontou seis ações penais em andamento, sem condenações definitivas, por crimes contra o patrimônio e tráfico de drogas. Apurou-se que Jeremias era primário e sem antecedentes e que M.S. já havia sido apreendido antes, por furto e posse de drogas para consumo próprio. Posteriormente, foi concedida liberdade provisória a Jeremias, e M.S., que atingira a maioridade penal durante a internação, foi liberado em razão de decurso do lapso temporal da medida cautelar de internação provisória. Manteve-se a custódia de Afonso e Silas porque subsistia a necessidade da medida cautelar constritiva de liberdade em relação a ambos. Concluído o inquérito e reunidos os elementos técnicos e a oitiva dos envolvidos na apuração, foi relatado o feito e remetidos os autos ao juízo da Comarca de Aurora do Tocantins, juntamente com os instrumentos apreendidos: armas, valores e demais elementos relacionados com o caso. Aqueles que ainda estavam presos permaneceram à disposição da justiça em cadeia pública municipal. Em 10/9/2009, o Ministério Público Estadual ofereceu denúncia contra Afonso, Silas e Jeremias, imputando-lhes a prática do crime de roubo qualificado pelo concurso de agentes e uso de armas, em concurso formal em relação aos seguranças e ao banco, e , em concurso material com crime de empregar explosivo sem autorização e em desacordo com a norma de regência, e, em concurso material, imputou-lhes o delito denominado de "seqüestro relâmpago", em relação ao patrimônio dos Correios e aos empregados dessa empresa. Por fim, imputou aos denunciados o crime de formação de quadrilha armada. Arrolou como testemunhas os dois policiais que efetuaram a prisão de Afonso, o motorista e o carteiro, além de M.S. Oferecida a denúncia, esta foi recebida no mesmo dia, tendo sido ordenadas a citação dos acusados e a designação da audiência para interrogatório. Afonso e Silas foram citados pessoalmente. Jeremias, por não ter sido encontrado no endereço informado e, em razão da suspeita de ocultação consignada na certidão do oficial de justiça, foi citado por edital, com o prosseguimento do feito. No dia e hora designado para audiência, os presos foram apresentados em juízo e declararam que não haviam constituído advogado nem tinham condições financeiras para tanto. Por isso, foi convocado um advogado que aguardava a audiência subseqüente, o qual aceitou o encargo e foi nomeado advogado dativo para patrocínio de todos os réus. Em seguida, foram os réus interrogados e, na mesma assentada, o causídico abriu mão do prazo para a defesa prévia e apresentou a peça defensiva oralmente, arrolando as mesmas testemunhas do órgão de acusação, ante a impossibilidade de indicação de outras pela ausência de entrevistas com os réus. O Juiz declarou a revelia do réu Jeremias. O feito teve seguimento, em audiência de continuação, na qual foram ouvidas as testemunhas arroladas, que confirmaram os fatos constantes na denúncia. Em relação à oitiva de M.S., o defensor dativo ofereceu contradita, por ser a testemunha coautora dos fatos

em apuração. A contradita foi indeferida pelo juízo em razão de ter sido a testemunha igualmente arrolada pela defesa e pelo fato de a apuração dos fatos imputados a M.S. ter tramitado em feito separado. Foi, a seguir, colhido o compromisso de M.S. e efetivada sua oitiva em juízo. A instrução do feito prosseguiu sem diligências pelas partes, e, na própria audiência, o juiz provocou o órgão de acusação a se manifestar acerca dos fatos colhidos no tocante ao concurso de crimes, uma vez que, para o magistrado, ficara demonstrado que desígnios eram autônomos. O MP aditou a denúncia, pedindo a condenação por concurso material de todos os crimes. A defensa manteve-se inerte. Na mesma sessão, foram apresentadas alegações finais pelas partes, na forma de memorial, tendo o MP reiterado a imputação delineada na denúncia, estando presentes a autoria e materialidade. A defesa, por sua vez, em poucas linhas, asseverou a inexistência de elementos concretos para a condenação, uma vez que existiam apenas as informações do inquérito policial, e pediu, de forma genérica, a absolvição de todos ou a aplicação da pena mínima. Em 10/2/2010, foi publicada a sentença, tendo sido acolhida a pretensão acusatória e condenado os réus Afonso, Silas e Jeremias pelos crimes de roubo qualificado pelo concurso de agentes e uso de armas, por duas vezes, em concurso material, em relação aos seguranças e ao banco, e, de igual modo, em concurso material pelo crime de empregar explosivos sem autorização e em desacordo com a norma de regência, e, igualmente, em concurso material, pelo delito denominado "seqüestro relâmpago", em relação ao patrimônio dos Correios e aos empregados dessa empresa, ao fundamento de que a conduta fora perpetrada mediante restrição da liberdade da vítima, condição necessária para a obtenção da vantagem econômica. Todos os denunciados foram condenados pelo crime de quadrilha armada e, de ofício, por corrupção de menores, em concurso material. Jeremias foi condenado a 20 anos de reclusão e 160 dias multa; Afonso e Silas foram condenados à pena de 24 anos de reclusão, cada um, e ao pagamento de 420 dias multa. A confissão espontânea de Afonso foi rejeitada em razão da prisão em flagrante, tendo sido esclarecido que, ainda que se reconhecesse a atenuante, esta não traria nenhum benefício à pena do réu por causa da reincidência. Foram considerados, ainda, os maus antecedentes do réu Silas, em virtude das ações penais em andamento, tendo sido exasperada a pena base a ele imposta. Manteve-se a custódia dos acusados, por força da sentença condenatória. Ordenou-se a expedição de mandado de prisão em relação a Jeremias. Ordenou-se o traslado de peças e da sentença ao feito no qual se apurava ato infracional. Ao final, adotaram-se as demais providências de prazo. Silas e Afonso foram intimados pessoalmente da sentença e Jeremias, por edital. Deixou-se de intimidar o advogado dativo em razão de ele não mais atuar na comarca. O processo, por razões desconhecidas, ficou na secretaria processual, sem movimentação, até a instalação de defensoria pública na comarca. Em 21/2/2013, foram os autos encaminhados com vista ao defensor público. Em face dos fatos narrados nessa situação hipotética, redija, na condição de defensor público em exercício na Comarca de Aurora do Tocantins – TO, a peça processual pertinente ao caso, diversa de habeas corpus, com as respectivas razões devidamente fundamentadas, abordando todo o conteúdo de direito material e processual pertinente ao caso, inclusive ao entendimento do STJ e STF. Dispense o relatório, não crie fatos novos e date a peça no último dia de prazo.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

EXMO SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA VARA CRIMINAL DE AURORA DO TOCANTINS

Processo nº

AFONSO, SILAS e JEREMIAS, já qualificados nos autos da ação penal em epígrafe, inconformados com a r. sentença de fls., vêm, através da Defensoria Pública interpor

RECURSO DE APELAÇÃO

com base nos fatos e fundamentos jurídicos a seguir expostos.

Pugna pelo recebimento do presente recurso e encaminhamento a uma das câmaras criminais do egrégio Tribunal de Justiça.

Requer, desde já, seja deferido aos apelantes o direito de recorrer em liberdade, na forma do artigo 387, §1º e §2º, do CPP, considerando as diversas nulidades contidas na ação penal, como a violação do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, do princípio do juiz natural pela incompetência absoluta da Vara Criminal, dentre outras adiante destacadas.

Deve também ser observado em relação aos apelantes Afonso e Silas a detração (art. 42 CP) do tempo de cumprimento de prisão cautelar de liberdade. Em relação ao réu Jeremias deve-se considerar a primariedade e a nulidade da citação editalícia.

Local, data.

Defensor Público

Matrícula

Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Tocantins

Colenda Câmara Criminal

DAS NULIDADES

DA INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA ESTADUAL

Os acusados foram julgados por Vara Criminal da Justiça Estadual, sendo condenados pelos seguintes crimes: roubo qualificado pelo concurso de agentes e emprego de arma, duas vezes (art. 157, §2º, I e II, do CP), por suposto roubo de seguranças e de estabelecimento bancário; emprego de artefato explosivo sem autorização legal (art. 16, parágrafo único, III, da Lei nº 10.826/03), pela suposta explosão de caixa eletrônico; sequestro relâmpago (art. 158, §3º, do CP), por suposta privação da liberdade de carteiro e de motorista de veiculo dos correios e de suposta subtração de malote de correspondências e de cartões de crédito; e associação criminosa armada (art. 288, parágrafo único, do CP), por suposta associação para o fim de praticar crimes.

A condenação em relação aos ilícitos acima mencionados foi em concurso material, consoante art. 69 do CP. Contudo, olvidou-se que os Correios são uma empresa pública fe-

deral. A Constituição Federal prevê, em seu art. 109, IV, que cabe a Justiça Federal julgar infrações penais praticadas contra empresas públicas da União, o que ocorre no caso dos correios.

Por tal razão, a Justiça Federal é competente para julgar os crimes conexos de competência federal e estadual, conforme dispõe a súmula 122 do STJ. Assim, percebe-se que o Juízo Federal exerce "atração" sobre o Juízo Estadual, independente da pena cominada aos ilícitos, em razão da conexão existente entre os mesmos, na forma do artigo 76, I, II e III, do CPP.

Portanto, no caso em tela, toda a relação jurídica processual é absolutamente nula, pela decisão ter sido proferida por juízo absolutamente incompetente, conforme entende a jurisprudência, notadamente a do STJ.

DA NULIDADE PELA VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA AMPLA DEFESA

Após o oferecimento da denúncia em face dos acusados, o magistrado ordenou a citação, não dando oportunidade aos mesmos para apresentarem a resposta à acusação, ofendendo o art. 5º, LIV e LV, da CRFB, que garante que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, bem como a ampla defesa. Também foi violado o art. 396-A do CPP.

DA NULIDADE POR AUSÊNCIA DE ENTREVISTA PESSOAL E RESERVADA COM OS RÉUS

No dia e hora designados para a audiência, os acusados Afonso e Silas foram apresentados em juízo sem a presença de advogado, além de não ter sido oportunizada a entrevista reservada com profissional habilitado para elaboração da defesa técnica.

O magistrado nomeou um advogado dativo, que se encontrava por acaso no corredor do fórum, para patrocinar os interesses de todos réus, sendo realizada defesa puramente "formal". Isso pode ser visto principalmente por não ter sido feita defesa prévia.

Tais fatos ofendem o princípio da ampla defesa, insculpido no art. 5º, LV, da CRFB, além de violar o art. 185, § 5º, do CPP.

DA NULIDADE DA CITAÇÃO POR EDITAL DO RÉU JEREMIAS

A citação editalícia do réu Jeremias é nula, pois não estavam presentes os requisitos para a sua realização. A citação por edital é cabível quando o réu não é encontrado, enquanto que a citação por hora certa é adequada aos casos em que há suspeita de ocultação.

No caso dos autos havia suspeita de ocultação, sendo adequada, portanto, a citação por hora certa, e não citação por edital, conforme dispõem os arts. 361 e 362 do CPP. Além de incabível a citação por edital, ela é medida excepcional e só deve ser adotada se todos os meios de citação do acusado forem esgotados.

Ainda que a hipótese apontasse a necessidade de citação por edital, após a sua realização, caso o acusado não comparecesse nem constituísse advogado, deveria ocorrer a suspensão do processo e do prazo prescricional, na forma do artigo 366 do CPP, o que não foi realizado nos autos.

Desta forma, o magistrado ofendeu os artigos 362 e 366 do CPP, bem como violou os princípios da ampla defesa e do contraditório, contidos na Constituição Federal, nos termos do que dispõe a jurisprudência.

DA NULIDADE POR OFENSA AO ARTIGO 384 DO CPP – MUTATIO LIBELLI

O Ministério Público, ao modificar a capitulação de concurso formal para concurso material de crimes após a instrução processual, necessariamente deveria obedecer o disposto no artigo 384 do CPP.

Como esta mudança de entendimento decorre de elemento ou circunstância não contida originariamente na denúncia, percebe-se que a hipótese é de mutatio libelli. Após o aditamento, deveria ter sido dada vista para a defesa e renovada a instrução processual, na forma do artigo 384, §2º, do CPP.

Portanto, foram inobservados os princípios do devido processo legal e da ampla defesa, violando-se assim o artigo 5º, LIV e LV da Constituição Federal.

CONDENAÇÃO POR FATO NÃO PREVISTO NA DENÚNCIA

A denúncia delimita a acusação e, por consequência, os réus apenas se defendem dos fatos nela mencionados. A condenação pelo crime de corrupção de menores (art. 244 – B do ECA), não previsto na denúncia, viola frontalmente o princípio da ampla defesa (art. 5º, LV, da CRFB) e o princípio da correlação entre a denúncia e a sentença, sendo hipótese de nulidade absoluta.

DA NULIDADE DA PROVA TESTEMUNHAL

Houve vício quanto à oitiva do adolescente M.S., pois ele foi testemunha e ao mesmo tempo teria participado dos fatos em apuração. Tal paradoxo afastaria o dever de falar a verdade, além de permitir até mesmo o direito ao silêncio.

O fato da defesa ter arrolado a testemunha não impede a sua contradita, até porque no processo penal o objetivo é a busca da verdade real. Por tal motivo, foi equivocado o indeferimento da contradita alegada pelo advogado dativo em relação ao adolescente M.S., conforme entendimentos do STF e STJ, pois essa testemunha tornou-se claramente parcial.

NULIDADE PELA DEFICIÊNCIA DA DEFESA TÉCNICA QUE GEROU PREJUÍZO AOS RÉUS

A defesa dos réus foi realizada de forma superficial por advogado dativo nomeado no momento da audiência, sendo que ele sequer sabia o que ocorrera no caso concreto. Observa-se a deficiência da defesa técnica no momento em que o advogado dativo abriu mão da defesa prévia, que é um direito dos acusados e integra o devido processo legal, apresentando apenas uma defesa oral.

Outra falha grave foi a ausência de entrevista com os acusados, bem como o arrolamento das mesmas testemunhas do Ministério Público. Constatada também a deficiência da defesa quando o Ministério Público aditou a denúncia e o advogado dativo manteve-se inerte.

Ao final, a defesa, em poucas linhas, asseverou a inexistência de elementos para a condenação e de forma genérica pediu a absolvição de todos os réus ou a aplicação da pena mínima.

Desta forma, é notório que houve prejuízo evidente para os réus, conforme dispõe a Súmula 523 do STF, que diz que no processo penal a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.

DA CONFISSÃO DO RÉU

O acusado Afonso, ao ser encontrado pelos policiais militares e preso em flagrante, confessou a prática dos crimes e indicou o endereço do demais comparsas.

De acordo com o art. 65, III, "d", do CP, a confissão espontânea perante a autoridade, da autoria do crime funciona como atenuante, buscando agraciar o agente que contribuiu com a Justiça. Porém, o magistrado não reconheceu a atenuante, afirmando que a mesma não traria nenhum benefício ao acusado, por ser ele reincidente.

É entendimento pacificado no STF e no STJ que a agravante da reincidência, deve ser compensada com a atenuante de confissão espontânea. No mesmo sentido, a Súmula 545 do STJ, que diz que quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal.

DA NÃO INCIDÊNCIA DE MAUS ANTECEDENTES

O magistrado considerou ações penais de Silas em andamento como maus antecedentes, exasperando sua pena erroneamente. Ações penais em curso não podem ser consideradas como maus antecedentes, violando, inclusive, o princípio da presunção de inocência, neste sentido a súmula 444 do STJ, que dispõe que é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

DA CONTINUIDADE DELITIVA E DESCLASSIFICAÇÃO

Os acusados foram condenados nos crimes de roubo circunstanciado pelo concurso de agentes e uso de arma, por duas vezes, em concurso material, em relação aos seguranças e a subtração do banco e, de igual modo, em concurso material pelo crime de empregar explosivos sem autorização legal e em concurso material pelo delito de "sequestro relâmpago" associação criminosa armada e corrupção de menores.

Notadamente, os crimes não foram praticados em concurso material, mas sim em continuidade delitiva, pois analisando-se as condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem as condutas subsequentes ser consideradas como continuação da primeira, conforme dispõe o art. 71 do Código Penal. Observa-se que a existência de violência ou grave ameaça não impede a aplicação das regras do crime continuado, na forma do artigo 71, parágrafo único, do CP.

A doutrina mais abalizada defende que o agente, embora possa ter um padrão de comportamento, nem sempre o repetirá, o que não poderá impedir o reconhecimento da continuidade delitiva, desde que exista uma relação de contexto, de unicidade entre as diver-

sas infrações penais. Permite o Código Penal, ainda, o emprego de interpretação analógica, uma vez que, após referir às condições de tempo, lugar e maneira de execução, apresenta outras semelhantes. Isso quer dizer que as condições objetivas indicadas pelo CP devem servir de parâmetro à interpretação analógica por ele permitida.

Em relação ao crime de sequestro relâmpago, a restrição da liberdade da vítima é necessária para a obtenção de vantagem econômica. Ocorre que no caso em questão, a privação das vítimas não foi com o intuito de obter vantagem econômica, mas sim para obter êxito na fuga. Portanto, a conduta deve ser desclassificada para roubo circunstanciado pelo concurso de agentes, emprego de arma e restrição da liberdade das vítimas (art. 157, §2º, I, II e V, do CP).

Ademais, a subtração do malote de correspondências e de cartões de crédito pode ser feita independente da conduta das vítimas, fato que afasta a extorsão, pois tal crime apenas se configura quando a conduta da vítima é imprescindível. Seria o caso, por exemplo, de a vítima ser obrigada a efetuar saques em caixas eletrônicos com a sua senha pessoal, hipótese em que é determinante o comportamento do sujeito passivo do ilícito.

DA APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

O art. 319 do CPP prevê aplicação das medidas cautelares diversas da prisão objetivando o menor dano à pessoa humana, com a finalidade de evitar a prisão antes do trânsito em julgado. Para que seja decretada a medida, devem estar presentes o fumus comissi delicti e uma das hipóteses que autorizam a prisão preventiva.

Portanto, observa-se no caso em questão que existem outras medidas a serem aplicadas, diversas da privação de liberdade, capazes de garantir a presença dos réus durante o processo.

Desta forma, requer a colocação dos réus Afonso e Silas em liberdade, revogando-se o mandado de prisão de Jeremias, aplicando-se, caso se entenda necessário, algumas das medidas cautelares diversas da prisão previstas no artigo 319, I a V e IX, do CPP, nos termos do que diz a jurisprudência do STJ.

DA PROGRESSÃO RECURSAL DO REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA

O magistrado, ao proferir sentença condenatória, deve considerar o tempo de cumprimento de prisão provisória para fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, conforme dispõe o artigo 387, §2º, CPP.

A progressão do regime prisional deverá ocorrer com o cumprimento de um sexto da pena, na forma do artigo 112 da Lei nº 7.210/84.

No caso dos autos, Afonso e Silas estão privados de liberdade há quase cinco anos, sendo que a condenação dos mesmos foi a uma pena de 24 anos de reclusão. Nessa toada, um sexto da pena, que totaliza quatro anos, já foi cumprido. Por isso, o regime prisional de Afonso e Silas deve ser progredido para o semiaberto, considerando o cumprimento do requisito objetivo previsto no artigo 112 da Lei nº 7.210/84.

DO PREQUESTIONAMENTO DOS DISPOSITIVOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS:

Visando cumprir os requisitos de admissibilidade de eventual recurso especial ou extraordinário, prequestiona os seguintes dispositivos da legislação federal e da Constituição Federal: dispositivos da legislação federal (artigo 71 do CP; artigo 185, §5º, do CPP; artigo 362 do CPP; artigo 366 do CPP; artigo 384 do CPP; artigo 387,§2º, do CPP; artigo 396-A do CPP; e artigo 112 da Lei nº 7.210/84) e dispositivos da CRFB (artigo 5º, LIV; artigo 5, LV; e artigo 109, IV)

DOS PEDIDOS:

Diante de todo o aduzido, requer a defesa o conhecimento e o provimento do presente recurso visando:

1-A imediata colocação em liberdade dos apelantes Afonso e Silas e o imediato recolhimento do mandado de prisão do apelante Jeremias, em razão da absoluta incompetência do juízo estadual para processar e julgar o feito e das demais nulidades apontadas, aplicando-se, caso se entenda necessário, alguma das medidas do artigo 319, I a V ou IX, do CPP;

2-Reconhecimento da nulidade de todo o feito por absoluta incompetência do juízo estadual para julgamento (artigo 109, IV, da CRFB), encaminhando-se os autos ao juízo federal competente;

3-Reconhecimento da nulidade de todo o feito por violação dos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal (artigo 5º, LIV e LV, CF), pela ausência de defesa preliminar (artigo 396-A do CPP);

4-Reconhecimento da nulidade de todo o feito por violação dos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal (artigo 5º, LIV e LV, CF), pela ausência de oportunidade para prévia entrevista reservada da defesa com os apelantes (artigo 185,§5º, do CPP);

5-Reconhecimento da nulidade de todo o feito por absoluto descabimento da citação editalícia (artigo 362 do CPP);

6-Reconhecimento da nulidade de todo o feito por absoluta inobservância do artigo 384 CPP (mutatio libelli) ;

7-Reconhecimento da nulidade da condenação em relação ao crime de corrupção de menores (artigo 244-B do ECA), por violação do princípio da correlação, inércia da jurisdição e ao sistema acusatório;

8-Reconhecimento da nulidade da oitiva do adolescente como testemunha, eis que o mesmo teria suspostamente participado dos fatos;

9-Reconhecimento da nulidade de todo o feito por violação dos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal (artigo 5º, LIV e LV, da CRFB), pela deficiência da defesa técnica;

10-Caso superadas todas as nulidades apontadas, requer seja promovida a progressão do regime de cumprimento de pena dos apelantes Afonso e Silas para o semiaberto, em razão do atendimento do requisito objetivo previsto no art. 112 da Lei nº 7.210/84;

11- Caso superadas todas as nulidades apontadas, pugna também pela redução da pena aplicada, considerando-se a confissão de Afonso, a primariedade de Silas e Jeremias, bem como a aplicação das regras da continuidade delitiva (artigo 71 do CP), afastando a aplicação do concurso material (artigo 69 do CP);

12-Postula também a apreciação do prequestionamento realizado.

Tocantins, 04 de março de 2013.

Defensor Público

Matrícula

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

SÚMULA 122 STJ - Compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, "a", do Código de Processo Penal.

PROCESSUAL PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL X JUSTIÇA FEDERAL. INQUÉRITO POLICIAL. FURTO QUALIFICADO DE AGÊNCIA FRANQUEADA DOS CORREIOS (ART. 155, § 4º, I E IV, CP), CORRUPÇÃO ATIVA (ART. 333, CP) E USO DE DOCUMENTO FALSO (ART. 304 C/C ART. 298, CP). CONEXÃO TELEOLÓGICA (ART. 76, II, CP) ENTRE DELITOS ESTADUAIS E FEDERAL INCONTROVERSA. SÚMULA 122/STJ. APLICAÇÃO SUBSEQUENTE DA REGRA DO ART. 78, II, A, CPP: IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL DO LOCAL EM QUE PRATICADO O DELITO QUE ATRAIU A COMPETÊNCIA PARA A JUSTIÇA FEDERAL. Incontroversa a existência de conexão entre delitos estaduais e delito federal, é de se aplicar a regra prevista no enunciado n. 122 da Súmula desta Corte, que determina a prevalência da competência especial da Justiça Federal em detrimento da competência comum e residual da Justiça Estadual, para o julgamento conjunto dos delitos. A melhor exegese do verbete n. 122 da Súmula desta Corte é a que preconiza que, havendo um crime federal, com menor pena cominada abstratamente, e um crime estadual, com maior pena, ambos conexos, o critério utilizado para a fixação não será o que considera o quantum apenatório (nos termos do art. 78, II, "a", do CPP), mas, sim, a força atrativa exercida pela jurisdição federal. Como decorrência dessa vis atrativa, a competência deve ser determinada pelo lugar em que foi cometido o delito de competência da Justiça Federal, ainda que ele tenha pena mais branda que os delitos estaduais a ele conexos. Inviável, portanto, que o Juízo Federal do local onde ocorreu o delito que determinou a modificação da competência para a Justiça Federal, após reconhecer a necessidade de julgamento conjunto dos delitos investigados a teor do disposto na Súmula 122/STJ, procure remeter o inquérito policial ao Juízo Federal do local onde foi praticado o delito conexo estadual de pena mais grave, com amparo na regra do art. 78, II, "a", do CPP. Situação em que foi reconhecida a existência de conexão teleológica (art. 76, II, do CPP) entre os delitos de furto qualificado de agência franqueada dos Correios (art. 155, § 4º, I e IV, CP), praticado na cidade de Costa Rica/MS, e os crimes de corrupção ativa (art. 333, CP) e uso de documento falso (arts. 304 c/c 297, ambos do CP), esses dois últimos praticados no Município de Alto Taquari/MT. A conexão decorre do fato de que tanto a tentativa de

suborno oferecida aos policiais militares que efetuaram a prisão em flagrante dos investigados quanto o uso de identidade falsa (ambos delitos de competência da Justiça Estadual) foram praticados com o nítido intuito de garantir a impunidade do furto qualificado, de competência da Justiça Federal. Conflito conhecido, para reconhecer a competência do Juízo Federal da Subseção Judiciária de Coxim/MS, o suscitado, para o processamento e julgamento do inquérito policial." CC 146160/MT

"DIREITO PROCESSUAL PENAL. NULIDADE. CITAÇÃO POR EDITAL. É nulo o processo a partir da citação na hipótese de citação editalícia determinada antes de serem esgotados todos os meios disponíveis para a citação pessoal do réu. A citação por edital, a teor do disposto nos arts. 361 e 362 do CPP, constitui medida de exceção e, sem esgotamento do chamamento pessoal mediante mandado no endereço mencionado pelo réu, configura nulidade insanável, consoante preceitua o art. 546, III, e, também do CPP, pois acarreta prejuízo ao réu e viola o direito constitucional da ampla defesa. Precedentes citados: HC 209.466-MG, DJe 29/03/2012; REsp 684.811-MG, DJ 5/09/2005; RHC 11.271-PR, DJ 26/08/2002; HC 7.967-SP, DJ 31/05/1999. HC 213.600-SP, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 4/10/ 2012."

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. DOSIMETRIA. CONFISSÃO PARCIAL. REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL. CIRCUNSTÂNCIAS IGUALMENTE PREPONDERANTES. ERESP N. 1.154.752/RS. SÚMULA N. 545/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem de ofício se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente. 2. O acórdão impugnado encontra-se em dissonância com a jurisprudência pacífica deste Tribunal Superior, segundo a qual a agravante da reincidência (art. 61, I, do Código Penal) deve ser compensada com a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, "d", do Código Penal), ainda que parcial, desde que tal circunstância tenha sido utilizada para lastrear o decreto condenatório, por serem igualmente preponderantes. Súmula n.545/STJ. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para compensar a reincidência com a confissão espontânea, redimensionando a pena do paciente para 2 anos e 8 meses de reclusão, mais 13 dias-multa, mantidos os demais termos do decreto condenatório.

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ART. 121, §2º, II E IV C.C ART. 14, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. INÉPCIA DA INICIAL. TEMAS NÃO ENFRENTADOS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. OITIVA DE CORRÉU COMO TESTEMUNHA OU INFORMANTE. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1.Inviável, sob pena de supressão de instância, o exame dos temas atinentes à ausência de justa causa para o exercício da ação penal e de inépcia da inicial incoativa, porque não apreciados no acórdão impugnado. 2. É vedada a possibilidade de oitiva de corréu na condição de testemunha ou informante, exceção aberta para o caso de corréu colaborador ou delator. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. 3. Recurso ordinário a que se nega provimento. RHC 67309/SP

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. FURTO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA.FUNDAMENTAÇÃO.CABIMENTO DE MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRI-

SÃO. 1. Levando-se em consideração o direito fundamental à liberdade e a presunção de não culpabilidade, para que seja decretada a prisão preventiva, devem estar consubstanciados, concomitantemente, o fumus comissi delicti, o periculum libertatis e a ineficácia das medidas cautelares diversas da prisão. 2. Não se pode olvidar a gravidade dos delitos em razão dos quais os pacientes foram segregados, contudo a imposição de medidas cautelares alternativas mostra-se adequada. 3. No caso dos autos, apenas os pacientes, dentre cinco denunciados, foram presos cautelarmente. Entretanto, da leitura da inicial acusatória, é fácil constatar que as condutas delitivas foram atribuídas de forma igual a todos os acusados, de forma que não está claro o motivo da diferenciação realizada. 4. O juízo singular noticiou que os pacientes são criminosos habituais, que insistem em perturbar a ordem pública e a paz social. Ocorre que tal afirmação foi feita de forma desconectada de qualquer dado concreto. Não houve, contrariamente ao que se exige como lastro de tão séria informação, a indicação de sequer um inquérito policial instaurado, tampouco de ação penal em curso. 5. Também é inválido o fundamento adotado quanto ao requisito da conveniência da instrução criminal. A mera possibilidade de os réus importunarem a vítima e as testemunhas, diante da ausência de elementos concretos, não se afigura idônea, sobretudo porque não foi decretada a prisão de três corréus acusados pelos mesmos fatos e que também poderiam, em tese, incomodá--las. 6. Em direção oposta, tem-se que os paciente são primários, exercem atividades lícitas e regulares e se apresentaram voluntariamente à autoridade policial. 7. Ordem concedida parcialmente, para revogar as prisões cautelares e impor medidas cautelares alternativas. (STJ - HC: 302052 GO 2014/0210443-9, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 21/10/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/12/2014)

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

Manual de Processo Penal e Execução Penal, Guilherme de Souza Nucci, Forense, 12ª edição

Curso de Processo Penal, Eugênio Pacelli, Atlas, 16ª edição

Código Penal Comentado, Rogério Greco, Impetus, 10ª edição

GABARITO DA BANXA EXAMINADORA:

1. Apresentação e estrutura textual (legibilidade, respeito às margens e indicação de parágrafos). 2. Desenvolvimento do tema. 2.1 Apelação / Endereçamento/ Juízo de admissibilidade/ Requisitos formais / Remessa à instância superior. 2.2 Incompetência absoluta do juízo / Conexão / Crime de competência da Justiça Federal / CF, art. 109, IV, e Súmula/STJ n.º 122. 2.3 -Nulidade do processo / Descumprimento do rito processual vigente / Prejuízos / Alterações da Lei n.º 11.719/2008 / Ofensa ao devido processo legal / CF, art. 5.º, LIV, e CPP, arts. 394 e 396-A. 2.4 Nulidade do processo / Ausência de entrevista pessoal e reservada com os réus / Violação do princípio da ampla defesa / CF, art. 5.º, LV / Ofensa ao disposto no CPP, art. 185, § 5.º. 2.5- Nulidade da citação por edital do réu Jeremias / Inexistência dos requisitos / Citação por hora certa / Revelia / Violação dos princípios da ampla defesa e do contraditório / CF, art. 5.º, LV / Ofensa ao disposto no CPP, art. 362, c/c 366. 2.6- Nulidade / Ofensa à emendatio libeli / Ofensa ao disposto no art. 384 do CPP / Violação do disposto no art. 5.º, LIV, da CF/ Inobservância do procedimento pelo juízo / Condenação por fato não constante na denúncia / Aditamento / Impossibilidade. 2.7- Vício / Oitiva de corréu como testemunha / Impossibilidade / STF e STJ assentes / Contradita testemunha da própria parte / Possibilidade / Nulidade da prova. 2.8- Mérito / Confissão / Prisão em flagrante / Possibilidade / STJ. Atenuante / Compensação / Reincidência / Possibilidade / Ações penais em andamento / Maus antecedentes / Impossibilidade / Súmula/STJ n.º 444 / Desclassificação das condutas / Alegação de continuidade

deletiva. 2.9 -Nulidade ausência de defesa técnica efetiva. Prejuízo evidente para os réus (Súmula/ STF n.º 523). 2.10- Medida Cautelar no recurso de apelação. Requisitos. Colocação dos réus em liberdade. Recolhimento do mandado de prisão. 2.11- Prequestionamentos: ofensa a dispositivos da CF e da legislação federal; progressão recursal; recursos excepcionais. 2.12- Pedidos: conhecimento do recurso; concessão da medida cautelar, liminarmente; colocação em liberdade; recolhimento do mandado de prisão; provimento; declaração de incompetência do juízo / Mérito: declaração das nulidades; nulidade da sentença condenatória; violação de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais prequestionamentos. 2.13- Prazo final para interposição da peça recursal: 31/1/2013.

COMENTÁRIO DO PROFESSOR :

O problema narrado envolve vários pontos de mérito. Nos pedidos contidos no recurso de apelação, em primeiro lugar se requer o reconhecimento das diversas nulidades, dentre elas a absoluta incompetência para processar e julgar crime contra empresa pública da União, que é o caso dos correios. A existência de diversas nulidades é evidente, mas apenas subsidiariamente foi realizado pedido para progressão do regime prisional dos apelantes Silas e Afonso e para redução da pena, levando-se em consideração a primariedade de Silas e Jeremias e a confissão de Afonso, bem como a inaplicabilidade do concurso material de crimes, pois trata-se de hipótese de continuidade delitiva. Do ponto de vista técnico a solução mais adequada é o reconhecimento da nulidade de todo feito e o seu encaminhamento ao juízo federal competente.

DPE/SE - 2006 - CESPE

PEÇA PROCESSUAL PENAL - Aurélio, em sede de inquérito policial, reservou-se o direito de permanecer calado. Na fase judicial, quando de seu interrogatório, manifestou-se da mesma forma e nada disse. Concluído o processo, o réu foi condenado como incurso no art. 155, § 4.º, inciso I, do Código Penal, às penas de 2 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão e 10 dias-multa. Embora fossem frágeis as provas produzidas, dada a inexistência de prova pericial, o MM. Juiz competente, diante do silêncio de Aurélio na fase policial e no âmbito da ação penal, fundamentou a decisão na presunção de culpa. A sentença foi publicada há três dias. Diante dessa situação hipotética, redija, na condição de defensor público de Aurélio, um recurso judicial cabível, apresentando a peça técnica pertinente à hipótese em comento.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

EXMO SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA COMARCA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Processo nº

Recorrente: Aurélio

Recorrido: Ministério Público

AURÉLIO, qualificação, por intermédio da Defensoria Pública, presentada pelo Defensor Público infra-assinado, no uso de suas prerrogativas constantes no art. 128 da Lei Com-

plementar nº 80/1994 vem, com fundamento no art. 593, I, do Código de Processo Penal (CPP), interpor APELAÇÃO da decisão que condenou o recorrente no processo em epígrafe, com as razões em anexo.

Inicialmente, requer que sejam observadas as prerrogativas dos Defensores Públicos previstas no art. 128 da Lei Complementar nº 80/1994, tais como a intimação pessoal, a contagem em dobro de todos os prazos processuais e a dispensa do instrumento de mandato para representação do assistido.

Requer que seja realizado o juízo de admissibilidade com o recebimento do presente recurso e posterior encaminhamento ao Tribunal de Justiça do Estado para que seja processado e julgado.

Requer ainda que seja concedido o benefício da justiça gratuita ao recorrente, nos termos do art. 5º, LXXIV, da CRFB e da Lei nº 1.060/50, por não ter o recorrente condições de arcar com as custas do processo sem prejuízo do seu sustendo e de sua família.

Nestes termos, pede e espera deferimento.

Local, data.

Defensor Público

EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COLENDA CÂMARA

EMINENTES DESEMBARGADORES

Aurélio, devidamente qualificado, por intermédio da Defensoria Pública, presentada pelo Defensor Público infra-assinado, no uso de suas atribuições institucionais, irresignado com a sentença condenatória proferida pelo juízo a quo, vem apresentar RAZÕES DE APELAÇÃO, com fundamento no art. 600 do CPP, pelos fatos e fundamentos que passa a expor:

1.DOS FATOS

O recorrente foi denunciado pelo Ministério Público por ter supostamente praticado o crime previsto no art. 155, § 4.º, I, do Código Penal (CP). Após o regular processamento do feito, o magistrado de primeiro grau condenou o recorrente às penas de 2 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão e 10 dias-multa. Irresignado, o apelante apresentou o presente recurso.

2.DO CABIMENTO E DA TEMPESTIVIDADE:

Inicialmente, cumpre ressaltar que o presente recurso é o adequado à espécie, pois o Código de Processo Penal, em seu art. 593, I, dispõe expressamente ser cabível o recurso de apelação das sentenças definitivas de condenação.

Ademais, o recurso é tempestivo, pois apresentado no prazo legal, considerando a prerrogativa constante no art. 128 da Lei Complementar nº 80/94, que determina a contagem em dobro de todos os prazos processuais para a Defensoria Pública.

3.DO DIREITO:

3.1.DO DIREITO AO SILÊNCIO:

Preliminarmente, pugna a defesa pelo reconhecimento da nulidade da sentença condenatório por ofensa ao direito ao silêncio do recorrente.

O direito ao silêncio trata-se de garantia prevista expressamente no art. 5º, LXII, da CRFB, que deve ser estendida a todos os acusados em processos criminais. Tal direito foi ainda positivado no art. 186 do CPP, inclusive com o reforço do parágrafo único no sentido de que o silêncio não importará em confissão e não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

Tal garantia é corolário do princípio da não autoincriminação ou nemo tenetur se detegere, no sentido de que se permite ao acusado permanecer em silêncio durante toda a persecução penal, inclusive em juízo, sem que tal fato possa ser utilizado em seu prejuízo.

Ora, no presente caso houve ofensa direta à Constituição Federal e ao regramento do Código de Processo Penal, visto que o magistrado de primeiro grau fundamentou a sentença condenatória em uma presunção de culpa em razão do silêncio do recorrente.

Tal procedimento é completamente vedado pelo nosso ordenamento jurídico, razão pela qual a Defesa requer a anulação da sentença face à violação ao direito ao silêncio.

3.2.**DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Ainda que superada a alegação anterior, a sentença deve ser anulada pela violação ao princípio da presunção de inocência.

Emerge da decisão condenatória que o juízo a quo entendeu pela condenação do acusado em razão de uma presunção de culpa. Ao contrário do entendimento esposado pelo douto magistrado, a Constituição Federal prevê como direito fundamental em seu art. 5º, LVII, o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade.

Como corolário lógico do dito princípio, temos o sistema acusatório, que impõe ao órgão titular da ação penal – o Ministério Público – o papel de produzir a carga probatória necessária à condenação,. No tocante ao juiz, ele necessita manter-se imparcial, não podendo jamais extrair qualquer valor do silêncio do acusado. Ademais, havendo qualquer dúvida em relação à autoria e materialidade delitiva, a absolvição do acusado é o caminho que se impõe.

Desta feita, faz-se necessário o reconhecimento da nulidade da presente sentença em razão da utilização de uma presunção de culpabilidade completamente vedada no sistema jurídico brasileiro.

3.3.DA AUSÊNCIA DE PROVA PERICIAL QUANTO A QUALIFICADORA:

Caso superadas as preliminares anteriores, a sentença condenatória merece reforma no sentido de excluir a qualificadora prevista no art. 155, §4º, I, do CP.

É que para o reconhecimento da qualificadora do rompimento de obstáculo ou escalada, faz-se imprescindível a existência do exame pericial, que inexiste nos presentes autos. Os

artigos 158 e 171, ambos do Código de Processo Penal, tratam exatamente da obrigatoriedade do exame de corpo delito quando a infração deixar vestígios e regras para a realização de perícias nos casos de crimes cometidos com destruição ou rompimento do obstáculo ou por meio de escalada.

Ressalta-se que sequer o exame pericial poderá ser suprido com a confissão do acusado e, ainda que assim o fosse, evidentemente não houve qualquer confissão nos presentes autos, pois o recorrente optou por permanecer em silêncio. É assente na doutrina a necessidade da realização do exame pericial para a comprovação da existência da mencionada qualificadora no crime de furto.

Do mesmo modo, há inúmeros precedentes do Superior Tribunal de Justiça exigindo o laudo pericial para a configuração da qualificadora sempre que a infração deixe vestígios. Assim, como não foi realizado qualquer exame pericial para atestar a existência da qualificadora do rompimento de obstáculo ou escalada, nem foi demonstrada uma absoluta impossibilidade de fazê-lo, impõe-se necessária a exclusão da figura qualificada do delito de furto.

4.DO PREQUESTIONAMENTO:

Para fins de prequestionamento indica-se todos os artigos constitucionais e legais, notadamente os citados no presente recurso.

S.DOS PEDIDOS:

Diante de todo o exposto, requer-se:

a)o recebimento e devido processamento do presente;

b)a intimação do membro do Ministério Público para apresentar contrarrazões ao presente recurso;

c)anular a sentença condenatória por violação do direito ao silêncio;

d)decretar a nulidade da sentença pela violação ao princípio da presunção de inocência ou princípio da não-culpabilidade;

e)Subsidiariamente, o afastamento da qualificadora do rompimento de obstáculo ou escalada (art. 155, § 4.º, inciso I, do CP).

Requer ainda que sejam observadas todas as prerrogativas inerentes à Defensoria Pública, tais como: intimação pessoal, prazo em sobro e dispensa do instrumento procuratório (art. 128 da Lei Complementar nº 80/94), bem como os benefícios da justiça gratuita para o recorrente, nos termos do art. 5º, LXXIV, da CRFB e da Lei nº 1.060/50.

Nestes termos, pede e espera deferimento.

Local, data

Defensor Público

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. NÃO CABIMENTO. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DA PRONÚNCIA. NULIDADES. DIREITO AO SILÊNCIO INTERPRETADO EM DESFAVOR DO ACUSADO. EXCESSO DE LINGUAGEM CONFIGURADO. ILEGALIDADE MANIFESTA. 1. Não é cabível a utilização do habeas corpus como substitutivo do meio processual adequado. 2. O silêncio do acusado foi nitidamente interpretado em seu desfavor pelo Tribunal de origem. Tal situação viola frontalmente o art. 186, parágrafo único, do Código de Processo Penal, o art. 5º, LXIII, da Constituição da República, além de tratados internacionais, a exemplo da Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8, § 2º, g) e, por isso, é suficiente para inquinar de nulidade absoluta o acórdão impugnado. 3. A fundamentação do acórdão confirmatório da pronúncia extrapolou a demonstração da concorrência dos pressupostos legais exigidos, encerrando juízo de certeza quanto à responsabilidade do paciente, notadamente por afirmar que as provas são robustas e convergem para a culpabilidade do acusado, que ele praticou o delito com dolo homicida e que as qualificadoras do motivo fútil e do meio cruel são, respectivamente, "evidente" e "desmascarada". Excesso de linguagem configurado. Ilegalidade manifesta. 4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício. (STJ, HC 265.967/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 05/03/2015, DJe 12/03/2015)

PROCESSUAL PENAL. PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ORDINÁRIO. CONDENAÇÃO. QUALIFICADORA. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULOS. LAUDO PERICIAL. IMPRESCINDIBILIDADE. ILEGALIDADE FLAGRANTE. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO. 1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, inviável o seu conhecimento. 2. Para a incidência da qualificadora de rompimento de obstáculos, que deixa vestígios, é imprescindível a comprovação por laudo pericial, a teor dos arts. 158 e 171 do Código de Processo Penal. 3. A substituição do laudo pericial por outros meios de prova somente se mostra apropriada se o delito não deixar vestígios, se estes tiverem desaparecido ou, ainda, se as circunstâncias do crime não permitirem a confecção do laudo, o que não foi demonstrado na hipótese vertente, tendo em vista que a não realização do exame se deu em virtude de falha atribuível unicamente ao aparato estatal. 3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de afastar a qualificadora e reduzir a reprimenda do paciente para 1 (um) ano de reclusão, mais 10 dias-multa, mantida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, consistente na prestação de serviços à comunidade, nos termos do acórdão. (STJ, HC 350.223/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 15/04/2016)

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

-LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. Saraiva.

- NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. Ed. Revista dos Tribunais.

DPDF - 2013 - CESPE

PEÇA PROCESSUAL - Tales, de dezenove anos de idade, foi preso, em flagrante delito, por dois policiais militares quando levava consigo dez papelotes com substância esverdeada semelhante a maconha, oito papelotes com pedras e um pó branco, e R$ 160,00 em notas miúdas. Junto com Tales, foi apreendido o adolescente R. F., de dezessete anos de idade, que portava cinco papelotes com a mesma substância esverdeada e mais R$ 60,00 em notas miúdas. Tanto a prisão quanto a apreensão ocorreram nas imediações de uma escola pública de ensino médio, local de grande movimento de pessoas. Na delegacia de polícia, o delegado de plantão constatou que Tales e R. F. portavam, cada um deles, vinte gramas de maconha, dez gramas de cocaína e cinco gramas de crack, tendo sido lavrado o auto de prisão em flagrante contra Tales pela prática do crime de tráfico ilícito de substância entorpecente, associação para o tráfico e do crime de corrupção de menores. R. F. foi encaminhado à Delegacia da Criança e do Adolescente para prestar depoimento. Durante a lavratura do auto de prisão em flagrante, foram ouvidos, como condutor e testemunha, apenas os dois policiais militares que efetuaram a prisão, tendo eles confirmado a prática dos crimes, já que nenhuma outra pessoa que passava pelo local no momento do fato fora arrolada como testemunha. Interrogado pela autoridade policial, sem a presença de advogado e sem que lhe tenha sido nomeado curador, Tales confessou a prática do crime. Remetidos os autos do flagrante ao juiz competente, a prisão de Tales foi convertida em preventiva. De posse dos autos, o Ministério Público (MP) ofereceu denúncia contra Tales, com base no disposto no caput do art. 33, c./c. o disposto no caput do art. 35 e o disposto nos incs. III e VI do art. 40, todos da Lei n.º 11.343/2006, e no disposto no art. 244-B da Lei n.º 8.069/1990, tendo sido os crimes cometidos em concurso material. Por entender estarem presentes fortes indícios de autoria e materialidade e para não prolongar demasiadamente a prisão de Tales, o juiz decidiu não lhe conceder o prazo de dez dias para a defesa preliminar, e, de pronto, recebeu a denúncia do MP, tendo determinado a citação do réu para oferecer resposta escrita e marcado a data da audiência de instrução e julgamento. No dia da audiência, embora o réu tenha sido citado e sua presença, requisitada ao presídio pelo juiz, Tales não foi levado ao fórum, em razão da falta de policiais militares suficientes para a escolta. O juiz, então, acolhendo a justificativa da falta de escolta, resolveu dar início à audiência apenas com a presença do defensor do réu, decisão que foi contestada pelo defensor, sem sucesso. Nessa oportunidade, foi ouvido, como testemunha de acusação, apenas um dos policiais que efetuaram o flagrante; o outro, que havia deixado a corporação, não foi localizado. O policial ouvido relatou não se recordar do fato narrado na denúncia, alegando ser grande o número de ocorrências sob sua responsabilidade diária. As testemunhas de defesa arroladas na resposta escrita limitaram-se a falar dos antecedentes do réu. Ao final da audiência, o MP pediu a juntada, no processo, do depoimento de R.F. tomado na Delegacia da Criança e do Adolescente, para que fosse utilizado como prova, pedido que foi deferido pelo juiz. No referido depoimento, o adolescente confessou que praticara o crime de tráfico junto com Tales apenas aquela vez, mas que já havia traficado drogas com outros comparsas anteriormente. Dada a ausência de Tales na audiência, o juiz marcou nova data para a realização do interrogatório do réu. Na data marcada, Tales foi levado ao juízo e negou a prática do delito, afirmando que não portava nenhuma droga, que tudo fora "armação" da polícia, que o forçara a assinar, sem ler, o auto de prisão em flagrante. Após o interrogatório, o juiz concedeu prazo para a apresentação de memoriais pela acusação e defesa. Juntados os memoriais com as alegações

pertinentes, o processo seguiu concluso para a sentença. O juiz que presidiu a audiência de oitiva das testemunhas e o interrogatório do réu encontrava-se em férias, tendo sido a sentença prolatada pelo juiz auxiliar da mesma vara, substituto legal daquele. Na sentença, o juiz, com fundamento na confissão extrajudicial do réu, no depoimento do policial militar, no auto de flagrante e no depoimento de R.F., afastou os argumentos e nulidades trazidos nos memoriais defensivos e condenou Tales, nos termos da denúncia, à pena de sete anos, três meses e quinze dias de reclusão em regime inicial fechado, com base no disposto no caput do art. 33, c./c. o disposto nos incs. III e VI do art. 40, ambos da Lei n.º 11.343/2006; à pena de quatro anos, quatro meses e quinze dias de reclusão em regime inicial fechado, com base no disposto no caput do art. 35, c./c. o disposto nos incs. III e VI do art. 40, ambos da Lei n.º 11.343/2006; e à pena de um ano e dois meses de reclusão em regime inicial aberto, com base no disposto no art. 244-B da Lei n.º 8.069/1990, em concurso material, além de 770 dias-multa. Ao proceder à dosimetria da pena pelo crime de tráfico, o juiz partiu da pena mínima de cinco anos de reclusão e, na primeira fase de aplicação da pena, aumentou-a de um sexto em razão dos maus antecedentes de Tales, que, apesar de ser réu primário, responde a outra ação penal, em andamento, por crime de furto. Na segunda fase, não houve alteração da pena. Na terceira fase, foi aplicado um aumento de mais um quarto em razão, exclusivamente, da presença das duas causas de aumento previstas nos incs. III e VI do art. 40 da Lei n.º 11.343/2006. O juiz, porém, deixou de aplicar a causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, requerida pela defesa nos memoriais, em razão dos maus antecedentes de Tales, da condenação por associação e da natureza e quantidade de droga apreendida com ele. O regime inicial fechado foi aplicado em razão da gravidade do crime de tráfico de entorpecente e pelo mal que esse tipo de crime causa à sociedade, em especial, à saúde pública. Ao proceder à dosimetria da pena pelo crime de associação para o tráfico de entorpecentes, o juiz utilizou o mesmo raciocínio utilizado em relação ao crime de tráfico, ou seja, aplicou a Tales pena inicial de três anos com aumento de um sexto pelos maus antecedentes e, em seguida, aumentou-a em mais um quarto, com base no disposto nos incs. III e VI do art. 40 da Lei n.º 11.343/2006. O regime inicial fechado foi aplicado também em razão da gravidade do crime de associação para o tráfico de entorpecentes. Com relação ao crime previsto no art. 244-B da Lei n.º 8.069/1990, foi RELACIONADA a pena base de um ano, aumentada de um sexto pelos mesmos maus antecedentes, em regime inicial aberto. Ao final, em razão de o réu já estar preso provisoriamente, não lhe foi concedido o direito de recorrer em liberdade. Por ser Tales pessoa pobre assistida pela Defensoria Pública, intimou-se pessoalmente da sentença o defensor público. Em face dessa situação hipotética, redija, na condição de defensor público, a medida judicial cabível em favor de Tales, com as respectivas razões, nos termos da lei processual penal.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA VARA CRIMINAL DA COMARCA DE

Processo nº

TALES, já qualificado nos autos da ação penal em epígrafe, inconformado com a r. sentença de fls. , vem, através da Defensoria Pública, interpor

RECURSO DE APELAÇÃO

com base nos fatos e fundamentos jurídicos a seguir expostos.

Pugna pelo recebimento do presente recurso e encaminhamento a uma das câmaras criminais do egrégio Tribunal de Justiça.

Requer, desde já, seja deferido ao apelante o direito de recorrer em liberdade, na forma do artigo 387, §1º e §2º, do CPP, considerando a detração (art. 42 do CP) do tempo de cumprimento de prisão cautelar de liberdade, a primariedade e a ausência de violência ou grave ameaça nas condutas imputadas, bem como as nulidades apontadas nas razões recursais.

Local, data

Defensor Público

Matrícula

Egrégio Tribunal de Justiça

Colenda Câmara Criminal

DAS NULIDADES

DA NULIDADE DO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE

O apelante foi preso em flagrante e levado para a delegacia, sendo interrogado pela autoridade policial sem a presença de advogado e sem que tenha sido nomeado curador. Com isso, feriram-se o princípio da ampla defesa, suas garantias constitucionais e o direito de ser assistido por advogado, gerando, desta forma, nulidade absoluta da prisão.

Neste sentido a súmula 352 do STF, a contrario sensu, que preceitua que não é nulo o processo penal por falta de nomeação de curador ao réu menor que teve a assistência de defensor dativo.

Logo, diante da ausência de curador e de advogado (Defensor Dativo), resta evidente a nulidade do auto de prisão em flagrante.

DA NULIDADE DO PROCESSO PENAL PELA AUSÊNCIA DE DEFESA PRÉVIA

O art. 55, caput, da Lei nº 11.343/06 prevê o prazo de dez dias para que o acusado possa oferecer a sua defesa prévia, sendo que poderá arguir preliminares e invocar todas as razões de defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas que pretende produzir e arrolar testemunhas.

Porém, no caso em tela, o magistrado não permitiu que o apelante apresentasse defesa prévia, ocasionando prejuízo para a apuração da verdade substancial da causa, violando o princípio da ampla defesa, dando assim ensejo à nulidade do processo. Essa é a posição consolidada no STJ.

Desta forma, deve ser decretada a nulidade de todo o processo penal, colocando-se o apelante em liberdade e renovando-se todos os atos processuais.

DA NULIDADE EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DO RÉU NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO

A ausência do apelante na audiência de instrução e julgamento, onde foram ouvidas as testemunhas, deu-se por problemas de falta de policiais militares para escolta, e não por conduta imputável a Tales.

Por tal motivo, resta configurada grave violação ao direito de presença e ao princípio constitucional da ampla defesa, na modalidade defesa pessoal, vício que gera nulidade absoluta do ato processual, ou seja, da audiência, conforme a jurisprudência predominante dos tribunais superiores. Ademais, conforme esclarece o art. 499, §1º, do CPP, aplicável analogicamente a Lei 11.343/06, é obrigação do poder público apresentar o acusado preso.

Por isso deve ser decretada a nulidade de toda a instrução processual, colocando-se o apelante em liberdade, com a renovação de todos os atos instrutórios.

DA NULIDADE POR CISÃO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO

O apelante apenas foi ouvido em momento posterior à realização da audiência de instrução e julgamento, não tendo tido a oportunidade de participar de tal ato processual e confrontar-se com as testemunhas. Observa-se que a ausência do acusado na audiência de instrução de julgamento impede o seu reconhecimento pessoal, que não foi realizado.

A cisão da audiência de instrução e julgamento, que é una, na forma do art. 400, §1º, do CPP, aplicável por analogia à Lei nº 11.343/06, gera nulidade insanável do processo penal, por violação do princípio do devido processo penal.

Conclui-se portanto que é possível até mesmo o indeferimento fundado de provas, porém a audiência é incindível, sob pena de nulidade.

DA NULIDADE DA SENTENÇA POR VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ

A sentença é nula por ofensa ao princípio da identidade física do juiz, pois a mesma foi proferida por juiz auxiliar, ou seja, juiz diferente daquele que presidiu a audiência de instrução e julgamento, violando o art. 499, §2º, do CPP, aplicável analogicamente à Lei nº 11.343/06.

O princípio da identidade física do juiz constitui uma garantia processual penal que visa propiciar um julgamento justo e humano, sendo corolário do princípio do juiz natural e do princípio da ampla defesa. A transgressão ao art. 399, §2º, do CPP acarreta nulidade da sentença, devendo ser proferida outra pelo juiz natural, ou seja, pelo juiz que participou da instrução processual.

DA INSUFICIÊNCIA DE PROVAS DA AUTORIA E MATERIALIDADE DO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 33 C/C 40,III E VI, E DO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 35 C/C 40, III E VI DA LEI 11.343/06

Na fase judicial não foi colhida qualquer prova de autoria ou da materialidade contra o apelante. O Ministério Público possuía duas testemunhas, sendo elas os policiais que teriam participado da prisão do apelante. Um policial não compareceu para prestar depoi-

mento, já que não foi encontrado. O outro policial compareceu, porém não se recordava do fato, alegando estar envolvido em um grande número de prisões. As testemunhas de defesa esclareceram a boa conduta do apelante, desconhecendo qualquer envolvimento do mesmo com a imputação contida na denúncia.

Conclui-se, portanto, que não há qualquer elemento probatório que comprove a prática do crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/06, o que por si só afasta a aplicação do art. 40 da Lei nº 11.343/06.

Igualmente não restou demonstrada qualquer associação ou estabilidade entre o apelante e o adolescente, o que afasta a configuração do crime previsto no art. 35 da Lei nº 11.343/06, bem como a aplicação do art. 40 da Lei nº 11.343/06.

DA EXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM NA IMPUTAÇÃO DO ARTIGO 40, VI, da Lei 11.343/06, CUMULATIVAMENTE COM O ARTIGO 244-B da Lei nº 8.069/90

Descabe a imputação cumulativa da causa de aumento prevista no art. 40, VI, da Lei nº 11.343/06 com o crime previsto no art. 244-B da Lei nº 8.069/90, por configurar bis in idem. Ambas acusações desta natureza não podem ser cumuladas, caso contrário ocorreria uma dupla punição por única conduta.

Deve ser excluída, portanto, a causa de aumento prevista no art. 40, VI, da Lei nº 11.343/06.

DA INSUFICIÊNCIA DE PROVAS DA AUTORIA E MATERIALIDADE DO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 244-B DA LEI nº 8.069/90

Não restou demonstrada a corrupção do adolescente por conduta do apelante. Pelo contrário, pois o menor de dezoito anos afirmou que já era envolvido em atividades ilícitas antes mesmo de conhecer Tales.

Ainda que fosse comprovada a prática de ilícitos penais pelo adulto, inexistiria a corrupção do adolescente pelo simples fato de este já ser corrompido, inexistindo bem jurídico a ser protegido.

O Direito Penal é um direito de tutela de bens jurídicos; inexistindo bem jurídico a ser tutelado, não pode subsistir qualquer ilícito penal, sendo inaplicável ao caso a súmula 500 do STJ.

DESCABIMENTO DA UTILIZAÇÃO DE PROVA EMPRESTADA DE PROCEDIMENTO POLICIAL

Foi utilizada como "prova emprestada" da acusação o depoimento do adolescente apreendido em sede policial. Contudo, este elemento de convicção não possui qualquer valor, já que possível a produção da prova pela intimação do adolescente para prestar depoimento em sede judicial.

A utilização de prova emprestada é descabida no processo penal, pois caso o Ministério Público pretendesse ouvir o adolescente, deveria ter arrolado o mesmo como testemunha da acusação, sendo descabida a utilização de prova emprestada quando cabível a produção originariamente da prova. Ademais, ainda que fosse admissível a produção de "prova emprestada", esta deveria ser submetida ao contraditório, fato que não ocorreu.

IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO COM BASE EM ELEMENTOS APENAS COLHIDOS EM SEDE POLICIAL

Percebe-se que a condenação ocorreu com base exclusivamente em provas inquisitoriais obtidas na fase policial, sem as garantias do contraditório e da ampla defesa. Desta forma, não pode o réu ser condenado sem que haja produção de provas em sede judicial, ainda mais quando alegado pelo réu que foi forçado a assinar o auto de prisão em flagrante, que sequer teve a oportunidade de ler.

Ora, como se sabe, uma condenação criminal deve, necessariamente, estar fundada em um juízo de certeza. Eventual dúvida não deve, jamais, ser interpretada em prejuízo do acusado, sob pena de violação ao princípio do in dubio pro reo.

DA DOSIMETRIA DA PENA

CRIME DO ARTIGO 33 c/c 40, III e VI da Lei nº 11.343/06

Ao proceder à dosimetria da pena pelo crime de tráfico de drogas, o juiz partiu da pena mínima de cinco anos de reclusão e, na primeira fase de aplicação da pena, aumentou--a de um sexto em razão de maus antecedentes, pois o réu responde a outra ação penal, em andamento pelo crime de furto.

Descabe o aumento de um sexto, pois de acordo com o Superior Tribunal de Justiça, ações penais em curso e inquéritos policiais não servem como fundamento para agravar a pena base. Referido entendimento está consolidado na Súmula 444 do STJ.

Já na segunda fase não houve alteração da pena, mas na terceira fase o magistrado aplicou um aumento de mais um quarto, em razão, exclusivamente, da presença das duas causas de aumento previstas nos incisos III e VI do art. 40 da Lei 11.343/06.

Como já mencionado acima, é inaplicável a causa de aumento fundada no art. 40, VI, da Lei nº 11.343/06, pois já foi imputada a conduta prevista no art. 244-B do ECA, sendo tal dupla imputação bis in idem. Por tal motivo, deve ser afastada a causa de aumento do art. 40, VI, da Lei nº 11.343/06, procedendo-se o aumento mínimo de um sexto em razão apenas da hipótese do artigo 40, III, da Lei nº 11.343/06.

No caso dos autos, também deve ser alterada a capitulação para a conduta prevista no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, substituindo-se a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, com base na Resolução nº 5, de 2012, do Senado Federal.

Quanto ao regime inicial de cumprimento da pena, o mesmo é mais gravoso do que o previsto no art. 33, §2º, "b", do Código Penal, pois ainda que mantida a pena de sete anos, três meses e quinze dias, o regime mais gravoso aplicável seria o semiaberto. O Superior Tribunal de Justiça já consolidou o entendimento de que a gravidade abstrata do delito não pode importar em aplicação de regime mais gravoso do que o previsto em lei, na forma da súmula 440 do STJ.

CRIME DO ARTIGO 35 c/c 40, III e VI da Lei nº 11.343/06

Quanto ao crime de associação para o tráfico de entorpecentes, o magistrado aplicou a pena inicial de quatro anos, quatro meses e quinze dias de reclusão em regime fechado.

Ao proceder à dosimetria da pena pelo crime de tráfico de drogas, o juiz partiu da pena mínima de cinco anos de reclusão e, na primeira fase de aplicação da pena, aumentou--a de um sexto em razão de maus antecedentes, pois o réu responde a outra ação penal, em andamento pelo crime de furto.

Descabe o aumento de um sexto, pois de acordo com o Superior Tribunal de Justiça, ações penais em curso e inquéritos policiais não servem como fundamento para agravar a pena base. Referido entendimento está consolidado na Súmula 444 do STJ, que diz que é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

Na segunda fase, não houve alteração da pena, mas na terceira fase o magistrado aplicou um aumento de mais um quarto, em razão exclusivamente, da presença das duas causas de aumento previstas nos incisos III e VI do art. 40 da Lei n º11.343/06.

Como já mencionado acima, é inaplicável a causa de aumento fundada no artigo 40, VI, da Lei nº 11.343/06, pois já foi imputada a conduta prevista no art. 244-B do ECA, sendo tal dupla imputação bis in idem.

Quanto ao regime inicial de cumprimento da pena, o mesmo é mais gravoso do que o previsto no artigo 33, §2º, "b", do Código Penal, pois ainda que mantida a pena de quatro anos, quatro meses e quinze dias, o regime mais gravoso aplicável seria o semiaberto.

O Superior Tribunal de Justiça já consolidou o entendimento de que a gravidade abstrata do delito não pode importar em aplicação de regime mais gravoso do que o previsto em lei, na forma da súmula 440 do STJ.

CRIME DO ARTIGO 244-B DA LEI 8069/90

Em relação ao crime de corrupção de menores, previsto no art. 244-B do ECA, foi aplicada pena base de um ano, aumentada de um sexto em razão de maus antecedentes.

Lembramos mais uma vez que descabe o aumento de um sexto, pois de acordo com o Superior Tribunal de Justiça, ações penais em curso e inquéritos policiais não servem como fundamento para agravar a pena base, conforme aduz a Súmula 444 do STJ.

Como já mencionado, não existe qualquer prova da prática do aludido ilícito, até mesmo porque a suposta vítima seria um adolescente completamente corrompido, inexistindo, desta forma, qualquer bem jurídico a ser tutelado.

Ainda que se entenda ser caso de manutenção da condenação, deve tal pena ser substituída por pena restritiva de direitos, na forma do art. 43 e seguintes do Código Penal.

DOS PEDIDOS

Diante de todo o aduzido, requer a defesa o conhecimento e o provimento do presente recurso visando:

1-A absolvição do acusado pelos crimes dos artigos 33 c/c 40, III e VI da Lei nº 11.343/06, artigos 35 c/c 40, III e VI da Lei nº 11.343/06 e 244-B da Lei nº 8.069/90 pela total ausência de provas e em razão da condenação ter ocorrido com base exclusivamente

em indícios inquisitórios obtidos da fase policial, sem a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, colocando-se o apelante em liberdade liminarmente;

2-Caso Vossas Excelências entendam não ser caso de absolvição, requer seja decretada a nulidade do procedimento, a partir do oferecimento da denúncia, devido à ausência de oportunidade para oferecimento de defesa preliminar, com o reinício de todo o processo, permitindo-se que o apelante responda em liberdade;

3-Caso Vossas Excelências entendam não ser caso de anulação pela ausência de defesa preliminar, requer a anulação do processo a partir da audiência de instrução, devido à ausência do réu e cisão da instrução processual, em violação ao artigo 400, §1º, do CPP, permitindo-se que o apelante responda a ação penal em liberdade;

4-Caso Vossas excelências entendam não ser caso de anulação pela ausência do réu e pela cisão da audiência, requer a anulação da sentença por ofensa ao princípio da identidade física do juiz, permitindo-se que o apelante fique em liberdade até a prolação de nova decisão;

5-Caso Vossas Excelências entendam não ser caso de improcedência ou anulação, requer a redução das penas com base na súmula 444 do STJ, afastando a possibilidade de se considerar ações penais em curso como maus antecedentes e a recapitulação do ilícito do artigo 33 da Lei 11.343/06, para o previsto no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06, retirando-se a causa de aumento de pena prevista no artigo 40, VI, da Lei nº 8.069/90, em razão do bis in idem com a imputação do artigo 244-B da Lei nº 8.069/90, fixando-se o regime inicial de cumprimento aberto ou no máximo, semiaberto, na forma do artigo 33, §2º, B e C, do Código Penal, e ao final procedendo-se a substituição das penas privativas de liberdade por penas restritivas de direitos, na forma dos artigos 43 e seguintes do Código Penal, com a consequente colocação em liberdade do apelante liminarmente.

Local, data.

Defensor Público

Matrícula

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. NECESSIDADE DE APRECIAÇÃO DAS TESES SUSCITADAS NA DEFESA PRELIMINAR. Após a fase de apresentação de resposta à acusação, o magistrado, ao proferir decisão que determina o prosseguimento do processo, deverá ao menos aludir àquilo que fora trazido na defesa preliminar, não se eximindo também da incumbência de enfrentar questões processuais relevantes e urgentes. De fato, na fase do art. 397 do CPP, nada impede que o juiz faça consignar fundamentação de forma não exauriente, sob pena de decidir o mérito da causa. Contudo, o julgador deve ao menos aludir àquilo que fora trazido na defesa preliminar. Incumbe-lhe, ainda, enfrentar questões processuais relevantes e urgentes ao confirmar o aceite da exordial acusatória. Com efeito, a inauguração do processo penal, por representar significativo gravame ao status dignitatis, deve, sim, ser motivada. Dessa maneira, suprimida tão importante fase procedimental, preciosa conquista democrática do

Processo Penal pátrio, de rigor é o reconhecimento da nulidade. RHC 46.127-MG, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 12/2/2015, DJe 25/2/2015.

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE ROUBO. AUDIÊNCIA DE OITIVA DA VÍTIMA E TESTEMUNHAS DA ACUSAÇÃO SEM A PRESENÇA DOS RÉUS PRESOS EM OUTRA COMARCA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. OCORRÊNCIA. 1. A ausência dos réus presos em outra comarca à audiência para oitiva de vítima e testemunhas da acusação constitui nulidade absoluta, independentemente da aquiescência do Defensor e da matéria não ter sido tratada em alegações finais. 2. Ordem concedida. HC 111728 / SP - SÃO PAULO HABEAS CORPUS Relator(a) Min. CÁRMEN LÚCIA Julgamento:19/02/2013 Órgão Julgador: Segunda Turma

---

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

Manual de Processo Penal e Execução Penal, Guilherme de Souza Nucci, Forense, 12ª edição

Curso de Processo Penal, Eugênio Pacelli, Atlas, 16ª edição

GABARITO DA BANCA EXAMINADORA:

1- Apresentação e estrutura textual (legibilidade, respeito às margens e indicação de parágrafos) - 0,00 a 1,00 - 2 Desenvolvimento do tema - 2.1 Das nulidades: nulidade do auto de prisão em flagrante; ausência de defesa preliminar; ausência do réu na audiência de instrução das testemunhas; nulidade da sentença pela ofensa ao princípio da identidade física do juiz - 0,00 a 7,00 - 2.2 Do mérito: ausência de provas judiciais suficientes para sustentar a condenação por tráfico de entorpecentes; não configuração do crime de associação para o tráfico de entorpecentes; não configuração do crime de corrupção de menores - 0,00 a 7,00 - 2.3 Da aplicação da pena: ausência de maus antecedentes; aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006; concurso das causas de aumento previstas no art. 40, III e VI, e de diminuição prevista no art. 33, § 4.º, todos da Lei n.º 11.343/2006; regime inicial e da substituição da pena privativa de liberdade - 0,00 a 7,00 - 2.4 Dos pedidos de anulação: anulação do processo a partir do oferecimento da denúncia por ausência de defesa preliminar e colocação do réu em liberdade para responder novamente ao processo; anulação do processo a partir da audiência de instrução, devido à ausência do réu e colocação do réu em liberdade para a renovação da instrução; anulação da sentença condenatória por ofensa ao princípio da identidade física do juiz - 0,00 a 3,00 - 2.5 Dos pedidos de absolvição do réu: de todos os crimes por total ausência de provas colhidas em juízo, e em razão de a condenação ter ocorrido com base exclusivamente em provas inquisitoriais obtidas na fase policial sem as garantias do contraditório e da ampla defesa; do crime de associação para o tráfico de entorpecentes por total ausência de provas quanto à efetiva presença de vínculo associativo entre ele e o adolescente que participou dos fatos; de todos os crimes por total ausência de provas colhidas em juízo, e em razão de a condenação ter ocorrido com base exclusivamente em provas inquisitoriais obtidas na fase policial sem as garantias do contraditório e da ampla defesa; do crime de associação para o tráfico de entorpecentes por total ausência de provas quanto à efetiva presença de vínculo associativo entre o réu e o adolescente; do crime de corrupção de menores em razão da não ocorrência de corrupção do adolescente - 0,00 a 2,00 - 2.6 Dos pedidos relativos à pena: afastamento dos maus antecedentes do réu e incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006; aplicação do regime inicial aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em razão da nova pena obtida, com a consequente expedição de alvará de soltura em favor do réu; definição do regime inicial semiaberto mesmo que não RELACIONADA a causa de diminuição da pena pleiteada (pena para o tráfico menor que oito anos de reclusão) - 0,00 a 3,00 -

COMENTÁRIO DO PROFESSOR:

O problema narrado envolve vários pontos de mérito. Nos pedidos contidos no recurso de apelação, em primeiro lugar foi realizado requerimento de improcedência, pois apesar das nulidades serem questões preliminares, só há nulidade se existir prejuízo, e sendo provido o recurso para absolver o réu, todas as nulidades estariam superadas. Em resumo, é mais benéfico para o apelante a absolvição do que o reconhecimento das nulidades. Por tal razão, apenas após o pedido de improcedência é que foram formulados pedidos para reconhecimento das nulidades.

DPE/RN - 2015 - CESPE

PEÇA PROCESSUAL PENAL - Relatório - A presente ação penal refere-se à acusação contra RIBAMAR pela prática dos crimes previstos no art. 121, § 2.º, II, e no art. 155, § 4.º, II, do Código Penal (CP). Conforme a denúncia, no dia 10/7/2013, o acusado ceifou a vida de sua esposa LUCIANA por supor que ela o havia traído. Após o homicídio, o acusado evadiu-se do distrito da culpa e sacou quase todo o valor disponível na conta da vítima, uma vez que possuía seu cartão e a respectiva senha. Em plenário, o representante do Ministério Público (MP) sustentou integralmente a denúncia e pugnou pela condenação do acusado pela prática dos crimes mencionados, nos termos em que ele foi pronunciado. A defesa, por seu turno, sustentou a tese de que o acusado teria praticado o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida de injusta provocação da vítima. Requereu, ainda, que, em caso de condenação, fosse reconhecida a atenuante relativa à confissão espontânea. Ao apreciar os quesitos, os senhores jurados integrantes do conselho de sentença entenderam por bem condenar o acusado às penas cominadas no art. 121, § 2.º, II, e no art. 155, § 4.º, II, do CP. Com tais considerações e respeitando a vontade soberana dos senhores membros do conselho de sentença, julgo procedente a pretensão punitiva deduzida na denúncia e condeno RIBAMAR às penas cominadas no art. 121, § 2.º, II, e no art. 155, § 4.º, II, do CP. Atento às disposições dos arts. 59 e 68 do CP, passo à individualização da pena. Sabe-se que a fixação da pena do acusado deve atender aos princípios que regem a aplicação da pena, cujo caráter, por definição, é retributivo-preventivo. Cabe ao magistrado balizar a pena atendendo ao disposto do art. 59 do CP, o qual preceitua que a pena estabelecida deve ser a necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. Quanto ao homicídio - O acusado é reincidente, visto que, conforme certidão juntada aos autos, foi definitivamente condenado pela prática do crime de roubo, cometido em 12/7/2013. Segundo consta dos autos, o trânsito em julgado da sentença condenatória ocorreu em 10/10/2015. Essa circunstância será apreciada na segunda fase da dosimetria da pena. O sentenciado ostenta maus antecedentes, pois, conforme se vê de sua folha penal, está sendo processado por um crime de furto simples, cometido em 5/7/2013. Em relação ao crime de homicídio por que ora condenado, vale informar que culpabilidade, motivos e meios são inerentes ao tipo. Não foi possível apurar eventual contribuição da vítima para a prática desse crime. A conduta social do acusado é questionável, uma vez que ele não respeita a individualidade das pessoas que estão à sua volta, tendo admitido, durante seu interrogatório, que frequentemente bisbilhotava o celular da vítima à procura de eventuais provas de infidelidade. Não se pode dizer que o acusado tenha personalidade louvável; ao contrário, ele se revela um homem de pouca cultura, que não se esforçou minimamente para obter qualificação educacional, tendo abandonado os estudos na quinta

série. Além disso, sua reprovável estrutura psicológica e seu modo de pensar puderam ser questionados pelo fato de ele, após matar a vítima de modo cruel, ter escrito um bilhete, no qual afirmava que havia cometido o crime motivado por ciúme, tendo deixado o referido bilhete junto ao corpo da vítima, o que revela completo desprezo pelos parentes da vítima e pelas autoridades constituídas. O modo como o acusado agiu aponta para a configuração de pelo menos três qualificadoras, aquela indicada pelo MP na denúncia e duas outras não referidas na peça inicial: as previstas no art. 121, § 2.º, III, quarta figura (crime cometido por meio de asfixia), e IV, última figura (crime cometido com recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido). No entanto, uma vez que a denúncia delimita o alcance da acusação e que a peça ministerial é omissa quanto a tais qualificadoras, esse magistrado não pode considerá-las para agravar a pena do acusado. As circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP não favorecem o acusado, visto que ele cometeu o crime em sua própria residência, em local que dificultou ou impossibilitou a defesa da vítima. A escolha do local para o cometimento do delito revela também que o acusado premeditou o crime, tendo-o consumado em sua residência para que não fosse contido ou atrapalhado por terceiros. No âmbito de sua casa, o acusado pôde agir livremente, tendo enforcado a vítima, inicialmente, com o braço e, posteriormente, com uma corda. Ressalte-se, ainda, que o acusado, conforme declarou durante seu interrogatório em plenário, enforcou a vítima por pelo menos cinco minutos enquanto ela se debatia desesperadamente, o que evidencia a extensão da crueldade perpetrada pelo acusado contra a vítima — conforme referido anteriormente, o acusado poderia ter sido, por isso, denunciado por homicídio triplamente qualificado. As consequências do crime são por demais desfavoráveis, já que a vítima deixou sua filha, Clara, de sete anos de idade por criar e educar. A criança, conforme ficou evidenciado pela instrução realizada em plenário, vive hoje com os avós, que, surpreendidos pela súbita e inesperada perda da vítima, se viram compelidos a arcar com a difícil tarefa de criar e educar a pequena órfã. Dado o exposto, a pena-base é fixada em dezenove anos e seis meses de reclusão. Em virtude da atenuante prevista no art. 65, III, d, do CP, a pena é reduzida para dezenove anos de reclusão. Em virtude da agravante da reincidência, a pena é majorada para dezenove anos e seis meses de reclusão. Em virtude da agravante prevista no art. 61, II, f, do CP — uma vez que é incontroverso que o acusado mantinha relacionamento amoroso com a vítima — a pena é novamente majorada, para vinte anos de reclusão. Sendo aplicável ao caso a agravante prevista no art. 61, II, d, do CP, uma vez que o meio para a prática do crime foi cruel — consistente em asfixia, o que fez que a vítima se debatesse agonizante por aproximadamente cinco minutos enquanto seu algoz a enforcava impiedosamente —, a pena é majorada para vinte anos e seis meses de reclusão. Por fim, reconhecida a aplicabilidade da agravante prevista no art. 61, II, c, do CP, uma vez que o acusado praticou o delito nas dependências de sua residência, distante dos olhos de terceiros, o que tornou impossível qualquer tentativa de defesa por parte da ofendida, a pena é majorada para vinte e um anos de reclusão. Não há causas de diminuição ou de aumento de pena aplicáveis à espécie. Dessa forma, a pena imposta torna-se definitiva. Quanto ao furto O acusado é reincidente, circunstância que será apreciada na segunda fase da dosimetria da pena. Como visto anteriormente, ostenta maus antecedentes e sua conduta social é questionável. Além disso, não se pode dizer que o acusado tenha personalidade louvável, podendo-se questionar sua reprovável estrutura psicológica e seu modo de pensar. Assim, a pena-base é fixada em quatro anos e seis meses de reclusão e trinta dias-multa. Não há atenuantes a incidir nesse caso, devendo-se destacar que o acusado, em essência,

negou a autoria do delito de furto, tendo afirmado que apenas se apropriou do que lhe pertencia, o que não configura a confissão, que, para beneficiar o acusado, deve ser plena e segura. Em virtude da agravante da reincidência, a pena é majorada para cinco anos de reclusão e trinta e cinco dias-multa. Como o acusado mantinha relacionamento amoroso com a vítima, a pena é majorada para cinco anos e seis meses de reclusão e quarenta dias-multa. Não há causas de diminuição ou de aumento de pena aplicáveis à espécie. Assim, a reprimenda imposta torna-se definitiva. Decisão - Em atenção ao disposto no art. 69 do CP, unifico as penas impostas, somando-as, o que resulta em uma pena total de vinte e seis anos e seis meses de reclusão, a ser inicialmente cumprida em regime fechado (art. 33 do CP), e quarenta dias-multa. Dada a ausência de informações seguras sobre a situação econômica do acusado, assim como o disposto no art. 49 do CP, cada dia-multa será calculado à razão de um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo do fato e atualizado quando de seu efetivo pagamento. Sendo certo e incontroverso que a vítima deixou filha por criar (segundo informaram as testemunhas, a órfã tinha sete anos de idade quando do cometimento do crime), é inequívoca a obrigação do autor do fato de indenizar os familiares da vítima. A dor, o sofrimento e os prejuízos causados pelo acusado são imensos. Dessa forma, considerando os prejuízos sofridos pelos familiares da ofendida e atento ao disposto no art. 387, IV, do Código de Processo Penal, entendo por bem fixar a quantia de R$ 50.000 como valor mínimo a ser pago por Ribamar aos familiares da vítima Luciana a título de indenização e reparação pelos danos causados pela infração. Tais recursos deverão ser destinados à educação da infante Clara, devendo a prestação de contas ser feita ao MP, nos termos da lei. Persistindo as razões da prisão do acusado, que respondeu ao processo sob custódia do Estado, entendo prudente, por garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal, manter sua prisão preventiva, negando-lhe o direito de aguardar em liberdade o julgamento de eventual recurso. Transitada em julgado a presente sentença: a) inscreva-se-lhe o nome no rol dos culpados, expedindo-se a respectiva carta de sentença; b) venham os autos conclusos para deliberação a respeito dos bens apreendidos e vinculados ao presente processo. Determino que a Serventia do Juízo extraia cópia da foto de fl. 27, a qual deverá ser imediatamente devolvida aos familiares da vítima. Dou por publicada a sentença e intimados os presentes, nesta sessão de julgamento. Registre-se. Cumpra-se. Recomende-se o acusado na prisão em que se encontra. Sala das sessões plenárias do Tribunal do Júri, quinta-feira, 15 de outubro de 2015. – Juiz de Direito – Na qualidade do defensor público responsável pela defesa de Ribamar, interponha o recurso cabível ao caso, fundamentando-o juridicamente e datando-o no último dia do prazo para a interposição. Dispense o relatório e não crie fatos novos.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DO TRIBUNAL DO JÚRI DA COMARCA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Processo nº

Recorrente: RIBAMAR

Recorrido: Ministério Público

RIBAMAR, qualificação, por intermédio da Defensoria Pública do Estado de Pernambuco, presentada pelo Defensor Público infra-assinado, no uso de suas prerrogativas constantes no art. 128 da Lei Complementar nº 80/1994 vem, com fundamento no art. 593, III, c, do CPP, apresentar RAZÕES DE APELAÇÃO da decisão proferida, conforme fls e também conforme o termo de apelação de fls.

Inicialmente, requer que sejam observadas as prerrogativas dos Defensores Públicos previstas no art. 128 da Lei Complementar nº 80/1994, tais como a intimação pessoal, a contagem em dobro de todos os prazos processuais e a dispensa do instrumento de mandato para representação do assistido.

Requer que seja realizado o juízo de admissibilidade com o recebimento do presente recurso e, após a intimação do recorrido para apresentação das contrarrazões recursais no prazo legal, seja o presente recurso encaminhado ao Tribunal de Justiça para que seja processado e julgado.

Requer ainda que seja concedido o benefício da justiça gratuita ao recorrente, nos termos do art. 5º, LXXIV, da CRFB e da Lei nº 1.060/50, por não ter o recorrente condições de arcar com as custas do processo sem prejuízo do seu sustendo e de sua família.

Nestes termos, pede e espera deferimento.

Local, 26/10/15

Defensor Público

EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COLENDA CÂMARA

EMINENTES DESEMBARGADORES

I – DA TEMPESTIVIDADE

Com base no art. 593 do CPP, caberá a interposição de apelação no prazo de cinco dias e oito dias para a apresentação das razões. Contudo, por estar o réu presentado pela Defensoria Pública, faz-se jus às benesses do art. 128 da LC nº 80/94 especialmente o prazo em dobro.

Diante disso, como a intimação ocorreu em 15/10/2015, o prazo fatal se encerraria no dia 25/10/15, um domingo, o que, com base no art. 798, §3º, do CPP, faz com que se prorrogue para o primeiro dia útil seguinte, uma segunda-feira (dja 26/10/15).

II – DA ANÁLISE CRÍTICA DA DOSIMETRIA PENAL

II.1 – PRIMEIRA FASE

Acerca da dosimetria penal, no que se refere à primeira fase, o réu não ostenta maus antecedentes, tendo em vista que, conforme entendimento jurisprudencial consagrado, especialmente na Súmula 444 do STJ, ações penais em curso não ensejam o reconhecimento de maus antecedentes.

Acerca da conduta social do réu, o magistrado, ao analisá-la, acabou por confundi-la com o próprio motivo do crime (ciúme), que consiste na qualificadora prevista no art. 121, §2º, II, do CP. Referida qualificadora já foi prevista quando da tipificação penal e, portanto, valorá-la duas vezes faz incidir o princípio do ne bis in idem.

Ademais, afere-se a conduta social de alguém por meio do comportamento perante a sociedade. No que se refere ao relacionamento do réu com seus pares, é preciso averiguar o temperamento (calmo ou não), se possui algum vício (jogo, bebida), isto é, tudo que diga respeito ao comportamento social do alegado autor do fato, sendo que isso poderá ou não influenciar no momento do crime.

No caso em vertente, o juiz-presidente presidente considerou que a conduta social do acusado seria questionável, pois ele não respeitaria a individualidade das pessoas que estão à sua volta, tendo admitido, durante seu interrogatório, que frequentemente bisbilhotava o celular da vítima à procura de eventuais provas de infidelidade. Contudo, esse comportamento invasivo do apelante, além de não representar seu comportamento perante a sociedade, pois restrito ao relacionamento amoroso entre acusado e vítima, se confunde com o próprio motivo do crime, isto é, os ciúmes que sentia da vítima.

Tendo sido o ciúme utilizado para qualificar o crime pelo motivo fútil, não pode ser novamente usado para majorar a pena do recorrente, sob pena de violação do princípio da vedação ao bis in idem.

Acerca da personalidade do agente, ela não poderia ser considerada como fator desfavorável porque não foi realizado qualquer estudo técnico por profissionais capacitados para avaliar esse aspecto. Além disso, o fato do recorrente somente ter estudado até a 5.ª série não pode ser utilizado como prova de que seria pessoa de pouca cultura.

Referida temática revela nítida impressão pessoal do magistrado, isto é, razão inidônea para justificar exasperação da pena. Em um país extremamente desigual como o Brasil, que não oferece oportunidades de ensino a todos, levar em conta o grau de instrução para agravar a situação penal de alguém não se coaduna com um real Estado Democrático de Direito.

Em relação às circunstâncias do crime, em delitos dolosos contra a vida, conforme entendimento jurisprudencial prevalente, não é admissível, na fixação da pena-base (art. 59 do CP), a consideração de circunstância que constituiria qualificadora ou agravante do crime, sob pena de usurpação da competência do tribunal do júri. A crueldade do crime não poderia ter sido considerada na dosimetria da pena imposta ao acusado, pois não havia sido explicitada na denúncia, ou, ao menos, na pronúncia, não podendo, assim, ser quesitada e submetida ao conselho de sentença.

Da mesma forma, o fato de o acusado ter praticado o crime em sua própria residência, de forma a dificultar ou impossibilitar a defesa da vítima, não pode servir para exasperar a pena, pois já considerada como qualificadora, com base no disposto no inciso IV do § 2.º do art. 121 do CP. Com efeito, considerar tais circunstâncias como qualificadoras constitui usurpação da competência do tribunal do júri.

Para finalizar a abordagem crítica da primeira fase da dosimetria penal, no que tange às consequências do crime, deve-se afastar o aumento da pena base com fulcro nelas. O fato

de a vítima ter deixado familiares desamparados é consequência lógica e natural do crime de homicídio consumado. Portanto, cuida-se de circunstância inerente ao tipo penal previsto no art. 121 do CP.

II.2 – SEGUNDA FASE

Em relação à segunda fase da dosimetria penal, aduza-se que o réu não é reincidente. Nos termos do art. 63 do CP, a reincidência consiste na prática de novo crime, após o agente haver sido definitivamente condenado por crime anterior, no país ou no estrangeiro. Com efeito, cuida-se de instituto que deveria ser relegado ao abandono, na medida em que constitui sintoma indicativo do fracasso do tratamento penal, a ser tributado ao Estado — ou com ele repartido —, e não exclusivamente ao infrator que infringiu novamente a lei penal, nos dizeres da mais abalizada doutrina.

A agravante da reincidência diz respeito aos fatos anteriores ao crime paradigma. No caso em discussão, a condenação criminal definitiva do acusado, além de se referir a fato posterior ao homicídio, transitou em julgado também posteriormente. Logo, o acusado não é reincidente. Em se tratando de crimes dolosos contra a vida, não é admissível, na fixação da pena-base (art. 59 do CP), a consideração de circunstância que constituiria qualificadora ou agravante do crime, sob pena de usurpação da competência do tribunal do júri, conforme entendimento jurisprudencial prevalente.

No caso em questão, crueldade e surpresa configurariam qualificadoras do crime de homicídio. Portanto, não poderiam ter sido utilizadas como agravantes, sob pena de bis in idem. Deve ser lembrado também que a asfixia não configura agravante, pois nos termos do art. 61, II, "d", CP, é circunstância que sempre agrava a pena, quando não constitui ou qualificam o crime, o fato de ter o agente cometido o crime com o emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum.

A asfixia não está, portanto, incluída no rol previsto no dispositivo citado. Com a edição da Lei n.º 7.209/1984, retirou-se a referência, que existia na alínea "d", à asfixia. Ao utilizar o modus operandi via enforcamento para exasperar a pena base, o juiz sentenciante incorreu, mais uma vez, em evidente bis in idem, ao novamente valorar essa circunstância na segunda fase de dosimetria penal.

Diante do exposto, impõe-se, no caso analisado, que haja a exclusão da incidência da agravante genérica prevista no art. 61, II, "d", do CP. Frise-se que agravantes somente podem ser reconhecidas se sustentadas durante os debates. O art. 492, I, "b", do CPP vincula a incidência das agravantes e atenuantes na pena do sentenciado quando tiverem sido expressamente alegadas nos debates.

Sobre o tema, leciona a mais abalizada doutrina que, as agravantes e atenuantes a serem aplicadas pelo juiz- presidente devem ter sido reconhecidas pelo júri. Inviável se torna que, sem qualquer veredicto a respeito, o magistrado introduza qualquer agravante sem passar pelo crivo dos jurados. Na mesma senda, ele precisa respeitar o decidido pelo júri quanto à existência ou não de atenuantes. A despeito disso, o art. 492, I, "b", do CPP, dá a entender que o magistrado pode reconhecer as agravantes e atenuantes que forem alegadas nos debates. Portanto, bastaria o pedido da parte interessada, não podendo, entretanto, acolher uma agravante ou atenuante de ofício.

No caso em tela, o juízo de primeiro grau reconheceu as agravantes previstas no art. 61, incisos I e II, alíneas c, d e f, do CP. Contudo, tais agravantes não foram sustentadas pelo MP durante os debates em plenário. Por esse motivo, não poderiam ter sido utilizadas para agravar a pena do apelante. Aplicação da confissão ao crime de furto: confissão, ainda que qualificada, faz incidir a atenuante prevista no art. 65, II, "d", do CP.

Importante destacar também que sobre o furto não incide a reincidência, assim como as demais circunstâncias previstas no art. 59 do CP, como ocorreu no caso do homicídio.

Por fim, há que ser reconhecida a atenuante da confissão espontânea. Conforme entendimento jurisprudencial prevalente, confissão, ainda que qualificada, faz incidir a atenuante prevista no art. 65, II, "d", do CP.

III – DA INDENIZAÇÃO MÍNIMA

No que tange a este assunto, há ausência de pedido expresso e tampouco prova de algum tipo de dano material sofrido. Assim, resta inviável a condenação em dano material. Nos termos do art. 387, IV, do CPP, o juiz, ao proferir sentença condenatória, fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

Porém, entende a doutrina mais abalizada que de todo modo, qualquer que seja a leitura que se faça do art. 387, IV, do CPP, uma coisa é certa: seja como pena pecuniária, seja como condenação civil no processo criminal, a demonstração dos valores mínimos devidos deve ser de modo cabal no processo penal, de tal modo que não se corra o risco de se aplicar condenação em valores superiores àqueles a serem futuramente obtidos no juízo cível.

Há, portanto, que se estabelecer sobre o valor o contraditório em torno de sua comprovação, isto é, o prejuízo efetivamente causado, e razoabilidade da despesa empreendida. Além disso, a lei não se reportou aos danos de natureza moral, limitando-se àqueles valores relativos aos danos materiais, de fácil comprovação do prejuízo no processo. O arbitramento do dano moral implicaria: a) a afirmação de tratar-se de verba indenizatória, isto é, de natureza civil; e b) a necessidade de realização de todo o devido processo penal para a sua imposição, o que não parece ser o caso da citada Lei n.º 11.719/2008.

No caso discutido, considerando os prejuízos supostamente sofridos pelos familiares da vítima, o juiz-presidente fixou a quantia de R$ 50.000,00 como valor mínimo a ser pago pelo apelante a título de indenização e reparação pelos dos danos causados pela infração. Entretanto, não houve, durante todo o trâmite processual, qualquer pedido ou debate a respeito dos supostos prejuízos sofridos pela família, tampouco o disposto no art. 387, IV, do CPP abarca a fixação de indenização moral. Dessa forma, conforme jurisprudência do STJ, ausentes a prévia discussão e a efetiva prova do valor do prejuízo, o magistrado deve abster-se de aplicar o art. 387, inciso IV, do CPP, pois somente assim estar-se-á assegurando o contraditório e ampla defesa.

IV – DOS PEDIDOS

Ante o exposto, requer-se que as presentes razões recursais sejam levadas em consideração para modificar a dosimetria da pena apicada, bem como para afastar o valor fixado a título de indenização mínima. Eventualmente, caso as questões debatidas no presente

recurso sejam levadas à discussão perante os tribunais superiores, fica prequestionada toda a matéria, invocando-se os todos dispositivos constitucionais e legais citados.

Nestes termos, pede e espera deferimento.

Local, 26/10/15.

Defensor Público

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

Compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da violência contra a mulher: compensa-se a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, "d", do CP) com a agravante de ter sido o crime praticado com violência contra a mulher (art. 61, II, "f", do CP). O STJ tem firme entendimento de que a atenuante da confissão espontânea, por envolver a personalidade do agente, deve ser utilizada como circunstância preponderante quando do concurso entre agravantes e atenuantes, nos termos consignados pelo art. 67 do CP. Nessa linha intelectiva, o STJ, por ocasião do julgamento do REsp 1.341.370-MT, Terceira Seção, DJe 17/4/2013, submetido ao rito do art. 543-C do CPC, pacificou a compreensão de que a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, devem ser compensadas entre si. Nessa senda, o referido entendimento deve ser estendido, por interpretação analógica, à hipótese em análise, dada sua similitude, por também versar sobre a possibilidade de compensação entre circunstâncias preponderantes. AgRg no AREsp 689.064-RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 6/8/2015, DJe 26/8/2015.

"RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. REPARAÇÃO CIVIL MÍNIMA. ART. 387, IV, DO CPP. FIXAÇÃO DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PEDIDO DO OFENDIDO E OPORTUNIDADE DE DEFESA AO RÉU. NORMA DE DIREITO MATERIAL. IRRETROATIVIDADE. 1. A permissão legal de cumulação de pretensão acusatória com a indenizatória não dispensa a existência de expresso pedido formulado pelo ofendido, dada a natureza privada e exclusiva da vítima. 2. A fixação da reparação civil mínima também não dispensa a participação do réu, sob pena de frontal violação ao seu direito ao contraditório e à ampla defesa. 3. A inovação legislativa introduzida pela Lei n.º 11.719/2008, que alterou a redação do inciso IV, do art. 387 do Código de Processo Penal, possibilitando que na sentença seja fixado valor mínimo para a reparação dos prejuízos sofridos pelo ofendido em razão da infração, ao contemplar norma de direito material mais rigorosa ao réu, não pode ser aplicada a fatos praticados antes de sua vigência. 4. Recurso especial provido. (REsp 1290263/MG, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, quinta turma, julgado em 2/10/2012, DJe 9/10/2012)"

HABEAS CORPUS . PENAL. CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA. CIRCUNSTÂNCIA QUALIFICADORA OU AGRAVANTE. NÃO-APRECIAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. CONSIDERAÇÃO COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NA DOSIMETRIA DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PRESERVAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. ORDEM CONCEDIDA. 1. Em crimes dolosos contra a vida, não é admissível, na fixação da pena-base (art. 59 CP), a consideração de circunstância que constituiria qualificadora ou agravante do crime, sob pena de usurpação da competência do Tribunal do Júri. 2. Ordem concedida para restabelecer a pena fixada na sentença. STJ,

HC 60.012/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, quinta turma, julgado em 04/10/2007, DJe 07/04/2008

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Curso de Direito Penal. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 401.

DELMANTO, Celso. Código Penal Comentado. 5.ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 113.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. 5.ª ed. vol. I. Niterói: Impetus, 2005, p. 627.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

DPE/PE - 2014 - CESPE

PEÇA PROCESSUAL PENAL - O Ministério Público ofereceu denúncia contra Pedro, imputando ao réu crime previsto no art. 121, caput, do Código Penal. Narra a inicial acusatória que o acusado, após um desentendimento com a vítima, ceifou a vida desta, mediante a aplicação de vinte golpes de faca. A denúncia, que foi recebida, estava instruída com os autos do inquérito policial: laudo de exame de corpo de delito, auto de apresentação e apreensão, laudo de perícia necropapiloscópica, exame de constatação de sangue humano, laudo de exame de constatação de sangue humano e declarações testemunhais prestadas no curso das investigações. O acusado foi regularmente citado e respondeu à acusação por meio de defensor público, que não conseguiu fazer contato com o acusado, réu preso, e, portanto, não arrolou qualquer testemunha de defesa. Na instrução, houve a oitiva de testemunhas e o interrogatório do réu, que negou a acusação e indicou outras testemunhas para serem ouvidas. O requerimento de oitiva de novas testemunhas foi indeferido porque as testemunhas de defesa deveriam ter sido arroladas na resposta à acusação, estando a questão, portanto preclusa. Em alegações finais, o Ministério Público requereu a pronúncia do acusado para ser submetido a julgamento perante o Conselho de Sentença. Nessa mesma fase, a defesa requereu a impronúncia do acusado. É o relatório necessário. DECIDO. A peça acusatória narra a prática, em tese, do crime de homicídio, apontando como envolvido no fato o acusado Pedro. A materialidade do crime doloso contra à vida restou devidamente configurada, especialmente pelo laudo de exame de corpo de delito, laudo de perícia necropapiloscópica, bem como pela prova oral, não restando dúvida quanto à ocorrência dos fatos sob exame. Relativamente aos indícios suficientes de autoria, há de se reconhecer que o réu merece ser submetido a julgamento popular. Em sede judicial, as testemunhas ouvidas durante a instrução processual afirmaram que o acusado não teria praticado os fatos narrados na denúncia. Todavia, durante o inquérito policial, essas mesmas testemunhas apontaram o denunciado como autor do crime, prova esta que merece prestígio, sobretudo porque os policiais que realizaram as investigações também afirmaram que o réu foi algoz da vítima. Ademais, da leitura dos depoimentos colhidos durante o inquérito, vê-se que o acusado foi apontado e reconhecido pelas testemunhas. Pode-se concluir, portanto, pela existência de prova incontestável de que o acusado cometeu crime descrito na denúncia. Devido a peculiaridade dessa fase no procedimento do júri, em que se aplica o principio in dubio pro societate, somente quando o conjunto probatório for frágil a ponto de não demonstrar qualquer indicio de

autoria, houver prova contundente de não ser o acusado o autor do crime, ou houver prova fundada para a desclassificação, o juiz deverá optar pela impronúncia, absolvição sumária ou desclassificação. Entretanto, não é a situação dos autos, conforme demonstrado. Assim sendo, a pronúncia tem vez. Verifico que a qualificadora do meio cruel merece ser levada à apreciação do Conselho de Sentença, em que pese o laudo de exame de delito não ter constatado qualquer crueldade no cometimento do crime. O número de facadas demonstra a intenção do acusado em causar sofrimento desnecessário à vítima. Destarte, devida a análise de sua ocorrência pelos jurados. Ante o exposto, acolho a pretensão acusatória contida na denuncia para submetê-la à apreciação do Conselho de Sentença. Assim, pronuncio Pedro, considerando-o como incurso nas penas do art. 121, § 2º, inciso III, do Código Penal. Uma vez que o acusado respondeu ao processo em liberdade sem criar qualquer prejuízo à instrução, não há indícios de que irá tentar furtar-se da aplicação da lei penal e não houve qualquer conduta que revelasse risco à garantia da ordem pública, caso ele permaneça solto, mantendo-o em liberdade. Publique-se. Registre-se. Intime-se. Gravatá – PE, 20 de novembro de 2014. Juiz de Direito. Sabendo-se que, na situação hipotética narrada, os autos foram remetidos à defensoria pública em 21/11/2014, uma sexta-feira, e o defensor público com atribuição no caso aposto seu ciente da decisão em 24/11/2014, interponha o recurso cabível, fundamentando-o juridicamente e datando-o no ultimo dia do prazo para interposição.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

EXMO SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA COMARCA DE GRAVATÁ/PE

Processo nº

Recorrente: Pedro

Recorrido: Ministério Público do Estado de Pernambuco

PEDRO, qualificação, por intermédio da Defensoria Pública do Estado de Pernambuco, presentada pelo Defensor Público infra-assinado, no uso de suas prerrogativas constantes no art. 128 da Lei Complementar nº 80/1994 vem, com fundamento no art. 581, IV, do Código de Processo Penal (CPP), interpor RECURSO EM SENTIDO ESTRITO da decisão que pronunciou o recorrente no processo em epígrafe.

Inicialmente, requer que sejam observadas as prerrogativas dos Defensores Públicos previstas no art. 128 da Lei Complementar nº 80/1994, tais como a intimação pessoal, a contagem em dobro de todos os prazos processuais e a dispensa do instrumento de mandato para representação do assistido.

Requer que seja realizado o juízo de admissibilidade com o recebimento do presente recurso e, após a intimação do recorrido para apresentação das contrarrazões recursais no prazo legal, seja realizado por este douto magistrado o juízo de retratação em face da decisão que pronunciou o recorrente, nos termos do art. 589 do CPP. Caso Vossa Excelência entenda diversamente, seja o presente recurso encaminhado ao Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco para que seja processado e julgado.

Requer ainda que seja concedido o benefício da justiça gratuita ao recorrente, nos termos do art. 5º, LXXIV, da CRFB e da Lei nº 1.060/50, por não ter o recorrente condições de arcar com as custas do processo sem prejuízo do seu sustendo e de sua família.

Nestes termos, pede e espera deferimento.

Gravatá, 03/12/2014

Defensor Público

EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO

COLENDA CÂMARA

EMINENTES DESEMBARGADORES

Pedro, devidamente qualificado, por intermédio da Defensoria Pública do Estado de Pernambuco, presentada pelo Defensor Público infra-assinado, irresignado com a decisão de pronúncia proferida pelo juízo a quo, vem, apresentar RAZÕES DO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO, pelos fatos e fundamentos que passa a expor:

1.DOS FATOS

O recorrente foi denunciado pelo Ministério Público por ter supostamente praticado o crime previsto no art. 121, caput, do Código Penal (CP). Finda a primeira fase do procedimento dos crimes de competência do Tribunal do Júri, o douto magistrado pronunciou o recorrente, dando-o como incurso nas penas do art. 121, §2º, III, do CP.

2.DO CABIMENTO E DA TEMPESTIVIDADE

Inicialmente, cumpre ressaltar que o presente recurso é o adequado à espécie, pois o Código de Processo Penal, em seu art. 581, IV, dispõe expressamente ser cabível o recurso em sentido estrito da decisão de pronúncia.

Ademais, o recurso é tempestivo, pois apresentado no prazo legal, considerando a prerrogativa constante no art. 128 da Lei Complementar nº 80/94, que determina a contagem em dobro de todos os prazos processuais para a Defensoria Pública.

Observa-se que os autos foram remetidos à Defensoria Pública em 21/11/2014, uma sexta-feira e, portanto, inicia-se a contagem no dia útil seguinte, ou seja, na segunda-feira dia 24/11/2014 e, contando-se o prazo legal de cinco dias em dobro, chega-se ao termo final em 03/12/2014.

3.DO DIREITO

3.1.DA NULIDADE PELO CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA

Preliminarmente, pugna a defesa pelo reconhecimento da nulidade do procedimento instrutório ante o evidente cerceamento de defesa em razão do indeferimento do pedido extratemporâneo de oitiva de testemunhas de defesa.

É que o presente Defensor elaborou a resposta à acusação sem ter nenhum contato com o assistido, que se encontrava preso ou com seus familiares, razão pela qual não foi possível arrolar testemunhas de defesa. Ocorre que, durante o interrogatório, o recorrente indicou testemunhas para serem ouvida, pleito este que foi indeferido pelo juízo a quo, afrontando os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Cumpre ressaltar que a ampla defesa compreende tanto a defesa técnica exercida pelo advogado ou Defensor Público quanto a autodefesa, exercida pelo próprio acusado. Tanto é assim que o art. 189 do CPP permite ao réu, em seu interrogatório, a indicação de provas quando negar a autoria. Do mesmo modo, é assente o entendimento de que o juiz pode permitir a inquirição de pessoas declinadas no interrogatório do réu como materialização dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Desse modo, caberia ao juiz, pelo menos, analisar a possibilidade de oitiva das testemunhas arroladas pelo réu, não fundamentando seu indeferimento apenas no prazo preclusivo para o oferecimento de rol de testemunhas.

Outrossim, a Jurisprudência pátria admite a apresentação posterior do rol de testemunhas por parte da defesa, visando à garantia da ampla defesa do acusado, sobretudo em se tratando de Defensor Público que não tenha conseguido manter contato prévio com o assistido.

Desse modo, tal decisão configurou manifesto prejuízo ao recorrente e não deveria ser tolerada, sobretudo no âmbito do Tribunal do Júri, em que a CRFB prevê a necessidade de observância do princípio da plenitude de defesa (art.5º, XXXVIII, "a"), razão pela qual deverá ser reconhecida a nulidade na sentença de pronúncia.

3.2.DA NULIDADE PELA VIOLAÇÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO:

A Constituição Federal, em seu art. 129, I, adotou o sistema acusatório, no qual há uma nítida separação entre as funções do acusador e do juízo, cabendo ao Ministério Público a titularidade da ação penal e ao magistrado o dever de imparcialidade.

No entanto, verifica-se que houve violação ao sistema acusatório no momento em que o Juiz incluiu uma qualificadora que não foi suscitada pelo Ministério Público quando do oferecimento da denúncia. É que o recorrente foi denunciado pela prática de homicídio simples, tendo o juiz, comprometendo a sua imparcialidade, incluído na decisão de pronúncia a qualificadora do meio cruel (art. 121, §2º, III, do CP) sem qualquer pedido do titular da ação penal.

E mais, não há indícios mínimos de materialidade da qualificadora apontada pelo julgador, pois o próprio laudo de exame de delito não constatou qualquer crueldade no cometimento do crime e o elevado número de facadas é ínsito ao próprio crime de homicídio, não se justificando a existência da figura qualificada por tal motivo.

Desta feita, a defesa requer a nulidade da decisão por violação ao sistema acusatório e subsidiariamente o afastamento da qualificadora do meio cruel.

3.3.**DA NULIDADE PELO EXCESSO DE LINGUAGEM**

Ainda preliminarmente, é necessário o reconhecimento da nulidade da decisão de pronúncia pelo excesso de linguagem, visto que a decisão aduz expressamente ser o recorrente o

autor do crime, o que não é permitido nesta fase processual, pois o reconhecimento da autoria delitiva compete apenas ao conselho de sentença por expressa determinação constitucional.

No mesmo sentido, o art. 413, §1º, do CPP demonstra que o juiz deve ser comedido na fundamentação da sentença de pronúncia de modo a não influir na decisão dos jurados. A decisão de pronúncia deveria no máximo ensejar um juízo de probabilidade, mas jamais de certeza.

3.4.DO MÉRITO

No mérito, a sentença também não merece prosperar, pois os indícios de autoria, levados em consideração pelo magistrado, foram colhidos apenas durante o inquérito policial. O art. 155 do CPP não admite que o juiz decida com base exclusivamente em provas do procedimento inquisitorial, pois estas não foram produzidas sobre o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Ademais, durante a instrução judicial não foram produzidas quaisquer provas aptas a demonstrar o cometimento do crime pelo recorrente. Ao contrário, todas as testemunhas ouvidas afirmaram que o recorrente não teria praticado o crime. Do mesmo modo, o recorrente negou a autoria delitiva quando interrogado.

Cumpre ainda ressaltar que os únicos elementos de prova colhidos contra o acusado e, como se disse, em sede inquisitorial, foram os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão. No entanto, tais depoimentos não deveriam ser considerados, pois os agentes possuem o interesse direto em defender as investigações realizadas de modo a demonstrar a correção do seu trabalho, demonstrando uma parcialidade que não deve existir aos que servem como testemunhas.

Em sendo assim, não há indícios de autoria aptos a ensejar a pronúncia do ora recorrente, visto que a prova judicial demonstra que o acusado não foi o autor do crime, razão pela qual não deve subsistir a sentença de pronúncia.

4.DOS PEDIDOS:

Diante de todo o exposto, requer-se:

a) O recebimento e devido processamento do presente;

b) Anular a decisão de pronúncia por cerceamento de defesa, devendo a instrução ser reaberta, possibilitando ao acusado indicar e ouvir testemunhas;

c) Decretar a nulidade decisão de pronúncia pela violação ao sistema acusatório;

d) Anular a decisão de pronúncia para que o juiz de primeiro grau profira nova decisão de pronúncia, com fundamentação comedida;

e) Despronúncia do cometimento do crime de homicídio simples (art. 121, caput, do CP), por ausência de indícios de autoria;

f) Afastamento da qualificadora do meio cruel (art. 121, §2º, III, do CP);

Requer ainda que sejam observadas todas as prerrogativas inerentes à Defensoria Pública, tais como intimação pessoal, prazo em sobro e dispensa do instrumento procuratório (art. 128 da Lei Complementar nº 80/94), bem como os benefícios da justiça gratuita para o recorrente, nos termos do art. 5º, LXXIV, da CRFB e da Lei nº 1.060/50.

Nestes termos, pede e espera deferimento.

Gravatá, 03/12/2014

Defensor Público

Matrícula

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL PENAL. INDICAÇÃO DO ROL DE TESTEMUNHAS EM MOMENTO POSTERIOR. PEDIDO TEMPESTIVO. INEXISTÊNCIA DE PRECLUSÃO E VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO. DEFERIMENTO MOTIVADO. PRINCÍPIO DA VERDADE REAL. 1. No processo penal da competência do Tribunal do Júri, o momento adequado para o acusado alegar tudo que interessa a defesa, com a indicação das provas que pretende produzir, a juntada de documentos e a apresentação do rol de testemunhas é a defesa prévia, nos termos do artigo 406, §3º do Código de Processo Penal. 2. Não há preclusão se a parte, no momento da apresentação da defesa prévia, formula pedido de indicação de rol de testemunhas a posteriori; tampouco há violação do contraditório se o magistrado defere o pedido em busca da verdade real e diante da impossibilidade do contato do defensor público com o acusado. 3. Recurso improvido. (STJ, REsp 1443533/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 03/08/2015)

PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUNAL DO JURI. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. DENÚNCIA, PRONÚNCIA E SENTENÇA. NULIDADE ABSOLUTA. IMPOSSIBILIDADE DE CONVALIDAÇÃO. VÍCIO QUE COLOCA EM RISCO A LEGITIMIDADE E A CREDULIDADE DE DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. INOCORRÊNCIA DE PRECLUSÃO. RECURSO IMPROVIDO. 1. A obrigatoriedade da correlação entre a acusação e a sentença é uma garantia típica do sistema acusatório, em que são bem definidas as funções de acusar, defender e julgar. A separação das referidas obrigações atribui exclusivamente ao Ministério Público (ou ao querelante, nas ações penais de iniciativa privada) a função de acusar e proíbe que o julgador proceda a qualquer acusação ex officio. 2. No procedimento relativo ao Tribunal do Júri, entre a acusação e a sentença, haverá a pronúncia. E para manter a correlação entre a acusação e a sentença, também a pronúncia deverá estar de acordo com o que foi narrado na inicial acusatória. 3. Haverá a quebra na correlação entre a acusação e a sentença quando a condenação ocorrer com base em qualificadora não descrita faticamente na denúncia. 4. Mesmo o procedimento do Tribunal do Júri sendo escalonado, a pronúncia não tem o condão de modificar o objeto da acusação e a quebra na correlação entre a acusação e a sentença gera a nulidade do ato processual. 5. Tratando-se de uma violação grave, concernente à lisura do devido processo legal, haverá uma nulidade absoluta, que não poderá ser convalidada e o ato deverá ser refeito. Neste caso, não se pode falar em preclusão, pois o vício coloca em risco a legitimidade e a credulidade de direitos e garantias fundamentais. Poderá, portanto, ser alegado em qualquer momento e independente da demonstração de prejuízo.

6. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ, REsp 1511544/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 20/10/2015, DJe 06/11/2015)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ART. 121, § 2º, INCISOS II, III E IV DO CÓDIGO PENAL. PRONÚNCIA. NULIDADES. EXCESSO DE LINGUAGEM CONFIGURADO. TESTEMUNHA. RATIFICAÇÃO DO DEPOIMENTO PRESTADO NO INQUÉRITO. ALEGADA DEFICIÊNCIA TÉCNICA DO ANTERIOR CAUSÍDICO. SÚMULA 523 DO STF. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n.109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014). II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício. III - A prolação da decisão de pronúncia exige forma lacônica e acentuadamente comedida, sob pena do órgão julgador incorrer no vício do excesso de linguagem (precedentes). IV - A decisão proferida em primeiro grau, no caso em exame, não se limitou a afirmar a existência de prova de materialidade e indícios de autoria, mas extrapolou a linguagem adequada, incorrendo no vício do excesso de linguagem. Assim, faz-se necessária a sua cassação, não sendo suficiente a determinação de que o r. decisum seja lacrado para que não venha a ser examinado pelos integrantes do Conselho de Sentença (precedentes do STF). V - A eventual nulidade verificada na oitiva das testemunhas, mediante a simples leitura do depoimento prestado na fase de inquérito, indagando-se, em seguida, pela confirmação da versão inicial dos fatos, é relativa. Se o defensor do réu, presente na audiência, nada reperguntou, nem levantou qualquer objeção, não há como reconhecer qualquer vício (precedentes do STF). VI - As alegadas nulidades (atuação do anterior causídico, que desistiu das testemunhas arroladas na defesa preliminar; e as alegações finais que, segundo o Impetrante, seriam genéricas) são relativas, o que faz incidir ao presente caso o Enunciado n. 523, da Súmula do Supremo Tribunal Federal, que afirma que "no processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu" (precedentes do STF e do STJ). Ordem não conhecida. Habeas Corpus concedido de ofício apenas para anular a decisão de pronúncia, diante do excesso de linguagem. (STJ, HC 304.043/PI, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 26/11/2015)

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

-LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal – Volume Único. Juspodivm.

-LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. Saraiva.

GABARITO DA BANCA EXAMINADORA:

- Resposta: 1. Além da apresentação e estrutura textual, o candidato deverá interpor o recurso correto. Tratando-se de decisão de pronúncia, cabível a interposição de recurso em sentido estrito (art. 581, IV, CPP). O recurso deve ser direcionado ao juiz de primeira instância. As razões, para o tribunal de justiça. Na interposição, deve-se provocar o juiz a retratar sua decisão. O recurso deve ser interposto no prazo correto. Considerando que o prazo para interposição do recurso em sentido estrito é de cinco dias, deve-se dobrá-lo pelo fato de o recorrente ser patrocinado pela defensoria pública. Assim, o último dia do prazo é 3/12/2014. O candidato deve, necessariamente, fundamentar o cabimento e a tempestividade do recurso. A interposição do recurso incorreto ou no prazo incorreto acarreta a perda dos pontos da fundamentação, já que não poderia ser admitido (conhecido) pelo juiz. 2. Cerceamento de defesa. Nos termos do art. 189, CPP: "Se o interrogando negar a acusação, no todo ou em parte, poderá prestar esclarecimentos e indicar provas". O réu, quando nega a autoria, tem direito de indicar provas. Assim, o juiz deveria ter, ao menos, analisado a pertinência do pedido do acusado, que indicou testemunhas de defesa. Cuida-se de uma decorrência do princípio do contraditório e da ampla defesa, na vertente correspondente à autodefesa. Além disso, conforme consolidado entendimento doutrinário, o princípio da ampla defesa permite ao juiz a inquirição de pessoas declinadas por ocasião do interrogatório do réu, desconhecidas pela Defensoria Pública aquele momento, embora seja preclusivo o prazo para oferecimento de rol de testemunhas. 3. Violação ao sistema acusatório. O juiz tornou-se acusador e comprometeu sua imparcialidade ao incluir uma qualificadora que o próprio Ministério Público, titular da ação penal, entendeu não estar presente. Nos termos do art. 129, inciso I, da Constituição, é função institucional do Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública. Daí porque se diz que o parquet é dominus litis, isto é, o senhor da ação penal. Nesse cenário, consagra o Texto Maior, a reger o processo penal, o sistema acusatório. Nesse sistema, como se sabe, são separadas as funções do acusador e do juiz, o qual deve manter-se imparcial, sem se imiscuir na investigação ou na instrução, de forma a assegurar a mais lídima igualdade entre as partes. Assim sendo, vedado ao órgão jurisdicional substituir ao Ministério Público em seu mister acusatório. 2.4. Excesso de linguagem. Juiz adentrou o mérito da causa e proferiu juízo definitivo sobre autoria delitiva, o que pode influenciar o julgamento pelo conselho de sentença. Como se sabe, nos termos do art. 413, § 1.º, CPP, o juiz deve ser bastante comedido na fundamentação da sentença de pronúncia, a fim de evitar influir decisivamente na decisão do conselho de sentença. E, se assim não fizer, a pronúncia será passível de anulação. 2.5. Nos termos do art. 155 CPP, o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. No caso, o juiz decidiu por submeter o acusado a júri popular tendo como base, tão somente, os elementos colhidos em sede extrajudicial e, portanto, não submetido ao contraditório judicial. Ressalte-se que o depoimento dos policiais não poderia ser admitido porque merece ser encarado com reservas, uma vez que responsáveis por liderar a investigação do crime. Dessa forma, têm todo o interesse em defender as investigações realizadas, demonstrando a correção do trabalho e que este surtiu o efeito esperado. 2.6. Exclusão da qualificadora do meio cruel. Ausência de comprovação mínima de materialidade, pois o laudo de exame de corpo de delito não constatou crueldade no cometimento do crime. Observação: Serão considerados na avaliação da peça prática a demonstração de conhecimento do posicionamento doutrinário majoritário a respeito dos temas nela abordados.

DPE/RR - 2013 - CESPE

PEÇA PROCESSUAL PENAL - O órgão do MP do Estado X ofertou denúncia contra Lucas e Mario, imputando-lhes a prática, em concurso material, dos crimes de estupro, roubou e, por derradeiro, homicídio qualificado pelo meio empregado – asfixia – contra Leila, maior e capaz. Consta na peça acusatória, em resumo, que, em 26-6-2008, por volta das vinte e

três horas, os denunciados, previamente ajustados, aproveitando o retorno da vítima do trabalho, abordaram-na porta de casa, situada à rua da Lua, 19, centro da cidade de Y, e ingressaram na residência juntamente com a vítima, mediante ameaça de arma de fogo – revolver de marca Gun, de calibre 38 (auto de apreensão fls. Xx) -, pois pretendiam "dar uma lição" a Leila, em razão do fim de relacionamento amoroso de dois anos que ela mantivera com Lucas e da recusa da vítima em reatar o relacionamento, mesmo após algumas semanas de insistência, incluindo-se ameaças a ela (registro de ocorrências policias, fls xx e xx). No dia dos fatos, após ingressarem na residência de Leila, os denunciados amarraram a vítima com fita adesiva, em uma cadeira da sala de estar, e, sob ameaça de arma de fogo, Lucas exigiu, mais uma vez, que ela reatasse o relacionamento e, ante a recusa de Leila, violentou-a sexualmente, diante do comparsa Mário, que, aproveitando-se da situação de descontrole emocional de Lucas, vasculhou o imóvel e subtraiu para si todas as economias de Leila: R$ 2.500,00 em espécie e algumas jóias, avaliadas em R$ 600,00 (conforme auto de apreensão). Não satisfeitos, antes de saírem do imóvel, eles asfixiaram a vítima por estrangulamento (laudo de exame cadavérico, fls. Xxx), o que a levou a óbito, e fugiram, em seguida, em uma motocicleta de propriedade de Mário. Na apuração preliminar, foram realizados todos os exames periciais pertinentes ao caso, no local dos crimes, na vítima e nos instrumentos apreendidos e colhidos os depoimentos de três testemunhas, duas das quais declararam ter visto a abordagem dos acusados e uma afirmou que, na hora dos fatos, vira os denunciados saírem do imóvel da vítima e partirem na motocicleta de propriedade de Mário.Ainda na fase investigativa, o acusado Mário, por determinação, de ofício, da autoridade policial, foi submetido a exame de sanidade física e mental, tendo os peritos afirmado a impossibilidade do acusado de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento, em momento posterior aos fatos em apuração, em decorrência do uso excessivo de substancias entorpecentes. Em 28/6;2008, foram decretadas e devidamente cumprida as prisões preventivas dos acusados. Executou-se ainda, medida de busca e apreensão nas residências dos acusados, tendo sido encontradas a motocicleta, a arma desmuniciada e as jóias na casa de Mário. Na residência de Lucas, foi encontrada parte dos instrumentos utilizados na asfixia da vítima. Os acusados foram devidamente interrogados pela autoridade policial, tendo Lucas confessado a prática das infrações e declarado que, na ocasião, não pretendia violentar a vítima, tampouco matá-la, pois a amava, porém a situação fugira do seu controle, em razão do uso de substâncias entorpecentes, uma vez que ele era usuário de drogas. Lucas declarou, ainda, que pedira ajuda a Mário, também usuário de drogas, para auxiliá-lo a "dar uma lição" a Leila, mas, segundo o declarante, as coisas saíram de controle e resultaram em uma "tragédia". Adicionalmente, Lucas declarou que Mário o auxiliara na prática do estupro e na asfixia da vítima, que estava arrependido pelo corrido, que nada sabia declarar a respeito dos bens e valore subtraídos da casa de Leila, uma vez que não pretendia subtrair bens do imóvel e, sim, resolver a "situação" com a vítima, que acreditava que os objetos e o dinheiro tenham sido subtraídos por Mário. Interrogado, Mário declarou que pretendia, apenas, auxiliar Lucas a dar um "susto" na vítima e que, como recompensa pela "ajuda", receberia dinheiro e jóias de propriedade de Leila, que seriam subtraídos da residência da vítima com conhecimento de Lucas, que usara a arma denunciada, pois queria apenas causar temor à vítima e entrar na casa. Mario declarou, ainda, que não participara do estupro, pois, ao voltar do quarto, após ter-se apoderado dos bens de Leila, achara que o casal tinha resolvido os problemas e estaria namorando, razão por que se dirigira à cozinha, que logo após, fora chamado por Lucas, da seguinte

forma: "Vamos embora que eu matei a Leila, que, em seguida fugiram do local. A denúncia foi oferecida em 6/7/2008 e distribuída ao juiz substituto da comarca, por prevenção, em virtude das decisões anteriores a propositura da ação penal – decretação da prisão preventiva e busca e apreensão ordenadas. Nessa mesma data, a peça acusatória foi recebida, ordenou-se a citação dos réus e designou-se a realização de audiência para 10/9/2008.às 14h. Os réus presos na cadeia pública municipal, foram devidamente citados. No dia e hora designados para a audiência, foram os réus apresentados em juízo, e, ao declararem não possuírem recursos financeiros para contratação de advogado, foi-lhes nomeado, naquele instante, advogado dativo para o patrocínio deles. Em seguida, eles foram interrogados, tendo reiterado as versões apresentadas perante a autoridade policial. Foi concedido prazo para que o causídico apresentasse a defesa prévia, ofertada no prazo legal. A defesa, que declara ter-se reservado para discutir o mérito da imputação no curso da instrução do processo, não apresentou rol de testemunhas nem indicou outras provas pertinentes ao feito. Recebida a peça defensiva, foi designada audiência de instrução para 10/12/2008 e, ante a impossibilidade de comparecimento do advogado dativo, foi adiada a audiência de instrução para 10/12/2008 e, ante a nova ausência do advogado, foi este substituído por outro advogado dativo, por ocasião da audiência, tendo o novo patrono dos réus acompanhado a produção das provas em audiência, em particular, o depoimento das testemunhas de acusação, tendo elas reafirmado as declarações prestadas à autoridade policial. O MP pediu esclarecimentos aos peritos, com a juntada aos autos de laudos periciais complementares. Não houve produção de mais provas pelas partes, tampouco foi ordenada pelo juízo a produção de novas provas. Ausente pedido de diligências pelas partes, foi aberta vista dos autos para a apresentação sucessiva das alegações finais. O órgão de acusação reiterou a imputação deduzida em juízo, ressaltando a presença de autoria e materialidade suficientes à pronúncia, pediu a absolvição de Mário, em razão da inimputabilidade, postulou, sucessivamente, a desclassificação do delito para latrocínio, com a remessa dos autos ao juízo singular, e alegou presença dos requisitos para o reconhecimento da continuidade delitiva. Os autos seguiram conclusos ao juiz substituto, que conduziu toda a instrução. Decorridos dois meses da conclusão do feito, o juiz titular da comarca, ordenou a remessa do processo ao seu gabinete, tendo apresentado decisão em seguida. Em resumo, declarou, de forma expressa, estarem presentes os elementos que configuravam a autoria dos fatos imputados aos réus, bem como os elementos probatórios da materialidade dos fatos. Por essa razão, pronunciou os réus Lucas e Mário como incursos nos delitos de homicídio qualificado por motivo torpe, por meio cruel (asfixia) e de modo que tornou impossível a defesa da vítima – art. 121, p. 2º, inciso I (última figura/torpe), III (cruel/asfixia) e IV (impossibilidade de defesa da vítima, todos do Código Penal (CP) -, pronunciou, também, os réus pelos crimes de roubo qualificado pelo concurso de pessoas e emprego de arma – art. 157, p. 2º, I e II, do CP, pronunciou, por fim, os réus pelo delito de estupro de vulnerável – art. 217-A, p. 1º (última figura), do CP – uma vez que, nas circunstância dos fatos apurados e comprovados nos autos, ficou demonstrada a impossibilidade de a vítima oferecer resistência, tendo sido todos os crimes considerados em concurso material (art. 69, do CP). Declarou que as questões trazidas aos autos pelo incidente de insanidade seriam submetidas ao juízo natural, o conselho de sentença, ordenou que, após o trânsito em julgado da decisão de pronúncia, os réus fossem submetidos a julgamento pelo conselho de sentença, manteve a custódia dos réus pelos mesmos fundamentos da custódia preventiva e ordenou a adoção das providências de praxe e intimação pessoal das partes, na data de 20/3/2009. Certificado, o oficial de justiça, nessa

mesma data, intimou pessoalmente o órgão do MP e deixou de intimar, pessoalmente o advogado dativo da decisão de pronúncia, em razão de renúncia expressa do advogado, bem como os réus, que haviam fugido da cadeia pública, não podendo ser encontrados. Por motivos desconhecidos, os autos ficaram parados em cartório, até 11/3/2013 (2ª feira), data em que foram encaminhados ao defensor público em exercício na comarca. Em face desse relato hipotético, redija, na condição de defensor público substituto da comarca em questão, a peça processual adequada ao caso, acompanhada das respectivas razões. Dispense o relatório, não crie fatos novos e eferente todas as questões de direito material e processual pertinentes, datando a peça do último dia de prazo.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

EXMO SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA COMARCA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Processo nº

Recorrentes: Lucas e Mário

Recorrido: Ministério Público do Estado X

LUCAS, qualificação, e MÁRIO, qualificação, por intermédio da Defensoria Público, presentada pelo Defensor Público infra-assinado, no uso de suas prerrogativas constantes no art. 128 da Lei Complementar nº 80/1994 vem, com fundamento no art. 581, IV do Código de Processo Penal (CPP), interpor RECURSO EM SENTIDO ESTRITO da decisão que pronunciou os recorrentes no processo em epígrafe.

Inicialmente, requer que sejam observadas as prerrogativas dos Defensores Públicos previstas no art. 128 da Lei Complementar nº 80/1994, tais como a intimação pessoal, a contagem em dobro de todos os prazos processuais e a dispensa do instrumento de mandato para representação dos assistidos.

Requer que seja realizado o juízo de admissibilidade com o recebimento do presente recurso e, após a intimação do recorrido para apresentação das contrarrazões recursais no prazo legal, seja realizado por este douto magistrado o juízo de retratação em face da decisão que pronunciou os recorrentes, conforme art. 589 do CPP. Caso Vossa Excelência entenda diversamente, seja o presente recurso encaminhado ao Tribunal de Justiça do Estado X para que seja processado e julgado.

Requer ainda que seja concedido o benefício da justiça gratuita aos recorrentes, nos termos do art. 5º, LXXIV, da CRFB e da Lei nº 1.060/50, por não terem os recorrentes condições de arcar com as custas do processo sem prejuízo do seu sustento e de sua família.

Nestes termos, pede e espera deferimento.

Local, 21/03/2013

Defensor Público

Matrícula

EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO X

COLENDA CÂMARA

EMINENTES DESEMBARGADORES

LUCAS e MÁRIO, devidamente qualificados, por intermédio da Defensoria Pública do Estado de Pernambuco, presentada pelo Defensor Público infra-assinado, irresignados com a decisão de pronúncia proferida pelo juízo a quo, vem, apresentar RAZÕES DO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO, pelos fatos e fundamentos que passa a expor:

DO RELATÓRIO:

Dispensado

DO CABIMENTO E DA TEMPESTIVIDADE

Inicialmente, cumpre ressaltar que o presente recurso é o adequado à espécie, pois o Código de Processo Penal, em seu art. 581, IV, dispõe expressamente ser cabível o recurso em sentido estrito da decisão de pronúncia.

Ademais, o recurso é tempestivo, pois apresentado no prazo legal, considerando a prerrogativa constante no art. 128 da Lei Complementar nº 80/94, que determina a contagem em dobro de todos os prazos processuais para a Defensoria Pública. Observa-se que os autos foram remetidos à Defensoria Pública em 11/03/2013, uma segunda-feira. Portanto, inicia-se a contagem no dia útil seguinte, ou seja, na terça-feira dia 12/03/2013 e, contando-se o prazo legal de 5 (cinco) dias em dobro, chega-se ao termo final em 21/03/2013.

DO DIREITO

DA NULIDADE PELA INOBSERVÂNCIA DO RITO DA LEI nº 11.689/08

Preliminarmente, pugna a defesa pelo reconhecimento da nulidade do procedimento instrutório ante a inobservância do rito correto para o presente processo, qual seja, aquele previsto no art. 406 e seguintes do CPP, com as alterações realizadas pela Lei nº 11.689/2008. É que a primeira audiência do presente processo foi realizada em 10/09/08, quando já estava vigor as alterações no CPP promovidas pela Lei nº 11.689/08.

O art. 2º do Código de Processo Penal é expresso ao reconhecer a aplicabilidade imediata das normas processuais, sem prejuízo dos atos praticados sob a égide da lei antiga. No entanto, o douto magistrado, ao invés de aplicar o novo rito processual, considerando que as normas processuais têm aplicação imediata, optou por manter o procedimento anterior com o interrogatório como primeiro ato do processo.

Ocorre que houve evidente prejuízo aos recorrentes, pois o rito da Lei nº 11.689/2008 é mais benéfico aos acusados no sentido de trazer o interrogatório como último ato do processo, garantindo uma ampla defesa mais efetiva. Ao contrário, no presente caso, os últimos a serem ouvidos foram as testemunhas do Ministério Público. Cumpre ressaltar que a observância do rito procedimental correto se trata de direito fundamental dos acusados, materializado no princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF).

Desse modo, a instrução processual foi completamente nula por não ter observado o procedimento do art. 406 e seguintes do CPP, com as inovações da Lei nº 11.689/2008 e, consequentemente, desrespeitou o princípio do devido processo legal.

DA NULIDADE PELA COLIISÃO DE DEFESAS E NOMEAÇÃO DE UM ÚNICO DEFENSOR DATIVO

A Constituição Federal, em seu art. 134, confere expressamente à Defensoria Pública a função de atuar na defesa dos necessitados. Desse modo, ante a informação dos acusados quando compareceram para interrogatório sobre a impossibilidade financeira de constituir advogados, caberia ao juiz nomear Defensores Públicos para atuar no caso em tela e não defensor dativo como foi feito.

Outrossim, apesar de os acusados possuírem teses completamente conflitantes, foi nomeado um único defensor dativo para atuar na defesa de ambos. Registre-se que posteriormente o defensor dativo foi substituído, mas novamente apenas um único causídico acompanhou a defesa de ambos.

Ora, havendo nítida colisão de defesas, era obrigatório que o juiz nomeasse defensores distintos aos acusados, havendo, portanto, violação aos princípios do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CRFB) e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CRFB) e maculando de nulidade todo o processo

Ademais, a defesa ofertada aos recorrentes foi extremamente deficiente, equiparando-se praticamente à ausência de defesa. Observa-se que o defensor dativo apresentou resposta genérica à acusação, não indicou testemunhas e nem provas a produzir e não requereu diligência. Não se desconhece o teor da súmula nº 523 do STF, a qual afirma que a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só a anulará se houver prova de prejuízo para o réu.

No presente caso, visualiza-se tanto a "falta de defesa", pois ambos os recorrentes possuíam teses colidentes e foram assistidos pelo mesmo patrono, quanto a "deficiência de defesa", pois o causídico não promoveu qualquer defesa efetiva dos réus. O prejuízo encontra-se demonstrado pela ausência de provas produzidas pela defesa durante a instrução processual e pela própria sentença de pronúncia dos recorrentes.

Desta feita, a defesa requer a nulidade de toda a instrução processual para que seja permitido aos acusados serem defendidos por Defensores Públicos distintos.

DA NULIDADE DA SENTENÇA PELA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ

Ainda preliminarmente, é necessário o reconhecimento da nulidade da sentença de pronúncia em razão da inobservância ao princípio da identidade física do Juiz, positivado no art. 394, §2º, do CPP, após as alterações introduzidas pela Lei nº 11.719/2008. Verifica-se que o juiz substituto da comarca presidiu toda a instrução processual, mas, no entanto, foi o juiz titular quem prolatou a decisão de pronúncia.

Como visto no tópico anterior, quando iniciada a instrução probatória, já estava em vigor a Lei nº 11.719/08 e as leis processuais possuem aplicação imediata (art. 2º do CPP),

motivo pelo qual já era de observância obrigatória o princípio da identidade física, razão pela qual o magistrado que participou da instrução deveria ter sido o mesmo a prolatar a sentença.

É importante ressaltar que, diferentemente do que ocorre no âmbito do Direito Processual Civil, o Código de Processo Penal não trouxe qualquer exceção apta a afastar o mencionado princípio. É digno de relevo o fato de que os autos estavam conclusos para o juiz substituto que presidiu a instrução, mas, no entanto, o magistrado titular ordenou a remessa dos autos ao seu gabinete e proferiu a sentença de pronúncia sem qualquer justificativa para legitimar a sua atuação no feito.

Ante o exposto, constatando-se a inobservância do art. 394, §2º, do CPP, e não havendo nenhuma motivação legítima capaz de autorizar a prolação da sentença por outro magistrado que não tenha presidido a instrução, a nulidade da sentença é manifesta.

DA NULIDADE PELA NÃO OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO ENTRE A DENÚNCIA E A SENTENÇA

Conforme a denúncia apresentada pelo órgão ministerial, os recorrentes estavam sendo acusados da prática dos delitos de estupro, roubo e homicídio qualificado pelo meio cruel. Por ocasião das alegações finais, o Ministério Público reiterou a imputação aduzida na denúncia.

Mas a sentença de pronúncia, levando em consideração fatos colhidos durante a instrução probatória, pronunciou os recorrentes como incursos nos delitos de homicídio qualificado por motivo torpe, meio cruel e de modo que tornou impossível a defesa da vítima (art. 121, §2º, I, III e IV, do CP); roubo qualificado pelo concurso de agentes e emprego de arma (art. 157, §2º, I e II, do CP) e estupro de vulnerável (art. 217-A, §1º, do CP).

Tal procedimento por parte do magistrado de primeiro grau foi totalmente equivocado, pois diante de fatos novos surgidos durante a instrução processual, cabe ao Ministério Público realizar o aditamento da denúncia nos termos do art. 384 do CPP. Trata-se da hipótese de mutatio libelli. Ocorre que em nenhum momento o Ministério Público aditou a denúncia; ao contrário, ofereceu alegações finais reiterando a pretensão acusatória constante na inicial.

O próprio art. 384, §1º, do CPP afirma que no caso do órgão ministerial não realizar o aditamento à denúncia, caberia ao juiz remeter os autos ao Procurador Geral de Justiça. Tal previsão legal deixa clara a impossibilidade de o magistrado proceder com nova definição jurídica do fato de ofício. Dita impossibilidade decorre do Sistema Acusatório (art. 129, I, da CRFB), pelo qual a titularidade da ação penal cabe ao Ministério Público e ao magistrado o dever de imparcialidade.

Desta feita, verifica-se que houve violação ao sistema acusatório no momento em que o Juiz modificou a capitulação jurídica sem qualquer requerimento do titular da ação penal. Outrossim, como corolário lógico da garantia da ampla defesa (art. 5º, LV, da CRFB), está o princípio da correlação entre a acusação e a sentença, pois o acusado se defende dos fatos narrados na denúncia, e não por fatos diversos surgidos durante à instrução processual, que precisariam ser objeto de nova defesa nos termos do art. 384 do CPP.

Assim, pronunciar o acusado por fatos não descritos na denúncia viola o princípio da ampla defesa, o sistema acusatório e o princípio da correlação entre acusação e sentença, razão pela qual deve ser declarada nula a sentença impugnada.

DA NECESSIDADE DE SUSPENSÃO DO PROCESSO EM RELAÇÃO AO ACUSADO MÁRIO

Ainda durante a o inquérito policial, o recorrente Mário foi submetido a exame de sanidade física e mental que concluiu pela existência de inimputabilidade em razão de fatos posteriores à prática do delito. Nestes casos, em que é atestada a superveniência de doença mental, o processo deverá ficar suspenso até que o acusado se reestabeleça, nos termos do art. 152 do CPP.

No presente caso, em que pese ter conhecimento do laudo psiquiátrico, o magistrado não determinou a suspensão processual, realizando toda a instrução processual e proferindo sentença de pronúncia em relação ao acusado Mário.

Desta feita, se impõe a necessidade de considerar nulo todos os atos processuais praticados em relação ao recorrente Mário e determinar a suspensão do processo em relação ao assistido até o seu completo reestabelecimento.

DO MÉRITO

Caso superadas as preliminares anteriores, no mérito, a sentença também não merece prosperar.

Em relação ao recorrente Mário, considerando que ele foi declarado inimputável por não ter condições de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento, é medida que se impõe a sua absolvição imprópria, nos termos do art. 26 do CP e art. 45 da Lei nº 11.343/06.

Subsidiariamente, ainda em relação ao recorrente Mário, as provas e, sobretudo, a sua confissão, são no sentido de que ele teria participado apenas do delito de roubo, não podendo lhe ser imputada a morte da vítima, pois trata-se de hipótese de aplicação do art. 29, §2º, do CP e teoria da cooperação dolosamente distinta, em que o mencionado recorrente queria participar apenas do crime menos grave.

Assim, faz-se necessária a impronúncia do recorrente Mário quanto ao crime de homicídio, restando os delitos de roubo e estupro, que não são crimes dolosos contra a vida e, portanto, ensejam a desclassificação com a remessa dos autos para o juízo comum.

Por sua vez, no que tange ao recorrente Lucas, este confessou a prática do delito de estupro. No entanto, informou que a morte da vítima foi uma "tragédia", pois em nenhum momento ele tinha a intenção de matá-la. Verifica-se aqui a possível ocorrência do delito de estupro seguido de morte (art. 213, §2º, do CP), o qual também é de competência do juízo comum. Nesse sentido, o recorrente Lucas também deverá ser impronunciado e os autos remetidos à justiça comum.

Caso ultrapassados todos os pedidos anteriores, verifica-se que no caso em tela não se estaria diante de um caso de concurso formal (art. 69 do CP), mas de crime continuado

(art. 71 do CP). É que estão presentes todos os requisitos para o reconhecimento da continuidade delitiva, pois os crimes foram praticados nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução.

DOS PEDIDOS:

Diante de todo o exposto, requer-se:

a) o recebimento e devido processamento do presente;

b) Anular a instrução processual pela não observância do rito previsto na Lei nº 11.689/2008;

c) Decretar a nulidade da instrução processual em razão da colisão de defesas e da nomeação de um único defensor dativo para ambos os acusados;

d) /Anular a decisão de pronúncia em razão da violação ao princípio da identidade física do juiz;

e) Decretar a nulidade da sentença de pronúncia pela inobservância do sistema acusatório, do princípio da correlação entre acusação e sentença e do procedimento previsto para a mutatio libelli;

f) Suspender o processo em relação ao acusado Mário nos termo do art. 152 do CPP;

g) A absolvição do acusado Mário pela inimputabilidade;

h)A despronúncia de ambos os recorrentes com desclassificação dos delitos a eles imputados e remessa dos autos ao juízo comum;

i) O reconhecimento da continuidade delitiva (art. 71 do CP).

Requer ainda que sejam observadas todas as prerrogativas inerentes à Defensoria Pública, tais como, intimação pessoal, prazo em sobro e dispensa do instrumento procuratório (art. 128 da Lei Complementar nº 80/94, bem como os benefícios da justiça gratuita para os recorrentes, nos termos do art. 5º, LXXIV, da CRFB e da Lei nº 1.060/50.

Nestes termos, pede e espera deferimento.

Local, 21/03/2013

Defensor Público

Matrícula

COMENTÁRIO DO COORDENADOR:

O professor que elaborou a resposta discordou do gabarito da questão, mas fez uma sugestão de resposta que realmente se adequasse ao gabarito, apesar de achar que em muitos pontos merecia ter tido recurso em relação ao gabarito.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

SÚMULA 523 STF: No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.

HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. RECURSO. FALTA DE INTIMAÇÃO DOS DEFENSORES DATIVOS. INTIMAÇÃO DO DEFENSOR PÚBLICO. COLISÃO DE DEFESAS. NULIDADE. CARACTERIZAÇÃO. 1. Nos casos de assistência judiciária, a intimação da defensoria pública com atribuição na Corte de Justiça em lugar do defensor dativo, visando garantir o exercício do direito à ampla defesa, com todos os recursos a ela inerentes, e a regularidade do julgamento do recurso, não é, por certo, causa de nulidade absoluta, estando a declaração do vício, se entendida a sua caracterização e, não, de mera regularidade, condicionada, por força de sua índole relativa, à demonstração da ocorrência de efetivo prejuízo. 2. A intimação pessoal de um único defensor público para apelantes com reconhecida colisão de interesses viola a garantia constitucional da ampla defesa. 3. Ordem concedida. (HC 42.899/PE, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 18/08/2005, DJ 07/11/2005, p. 393)

PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. SENTENÇA ANULADA. SENTENÇA PROFERIDA QUANDO O MAGISTRADO TITULAR AINDA NÃO HAVIA SIDO REDESIGNADO. 1. Apesar do entendimento de que a doutrina pátria e a jurisprudência desta Corte Superior são firmes em assinalar que o princípio da identidade física do juiz não pode ser interpretado de maneira absoluta, por admitir exceções, no presente caso, quando proferida a sentença, o magistrado que presidiu a audiência de instrução e julgamento, e colheu a prova testemunhal que serviu de amparo para a sentença, não se teria afastado em razão de férias, licenças, convocações, afastamento, remoções ou promoções. 2. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no AgRg no AgRg no AREsp 795.932/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 03/03/2016)

PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUNAL DO JURI. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. DENÚNCIA, PRONÚNCIA E SENTENÇA. NULIDADE ABSOLUTA. IMPOSSIBILIDADE DE CONVALIDAÇÃO. VÍCIO QUE COLOCA EM RISCO A LEGITIMIDADE E A CREDULIDADE DE DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. INOCORRÊNCIA DE PRECLUSÃO. RECURSO IMPROVIDO. 1. A obrigatoriedade da correlação entre a acusação e a sentença é uma garantia típica do sistema acusatório, em que são bem definidas as funções de acusar, defender e julgar. A separação das referidas obrigações atribui exclusivamente ao Ministério Público (ou ao querelante, nas ações penais de iniciativa privada) a função de acusar e proíbe que o julgador proceda a qualquer acusação ex officio. 2. No procedimento relativo ao Tribunal do Júri, entre a acusação e a sentença, haverá a pronúncia. E para manter a correlação entre a acusação e a sentença, também a pronúncia deverá estar de acordo com o que foi narrado na inicial acusatória. 3. Haverá a quebra na correlação entre a acusação e a sentença quando a condenação ocorrer com base em qualificadora não descrita faticamente na denúncia. 4. Mesmo o procedimento do Tribunal do Júri sendo escalonado, a pronúncia não tem o condão de modificar o objeto da acusação e a quebra na correlação entre a acusação e a sentença gera a nulidade do ato processual. 5. Tratando-se de uma violação grave, concernente à lisura do devido processo legal, haverá uma nulidade absoluta, que não poderá ser convalidada e o ato deverá ser refei-

to. Neste caso, não se pode falar em preclusão, pois o vício coloca em risco a legitimidade e a credulidade de direitos e garantias fundamentais. Poderá, portanto, ser alegado em qualquer momento e independente da demonstração de prejuízo. 6. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ, REsp 1511544/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 20/10/2015, DJe 06/11/2015)

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. EXTORSÃO. AUSÊNCIA DE IMPUTAÇÃO NA DENÚNCIA. MUTATIO LIBELLI. PROCEDIMENTO DO ART. 384 DO CPP NÃO OBSERVADO. NULIDADE DA SENTENÇA RECONHECIDA NO SEGUNDO GRAU. ABSOLVIÇÃO. SÚMULA 453 DO STF. 1. Violação ao art. 619 do Código de Processo Penal afastada, porquanto o tema alusivo à providência prevista no art. 573, caput, do Código de Processo Penal foi suficientemente examinado na origem. 2. Não constando da inicial acusatória a conduta do crime de extorsão, caberia à sentenciante, ao realizar a mutatio libelli, observar o figurino previsto no art. 384 do CPP, sob pena de configurar flagrante prejuízo à defesa, sendo certo que o Ministério Público quedou-se inerte ante tal omissão. 3. Conforme disposto na Súmula 453 do STF, não se admite, em segunda instância, que o Tribunal, quando do julgamento da apelação, dê nova definição jurídica à conduta típica, em razão de fatos surgidos no curso da instrução e não contidos na denúncia, com relação a alguns réus. Precedentes. 4. A análise da controvérsia acerca da suficiência da descrição na denúncia, no tocante ao delito previsto no art. 158 do Código Penal, esbarra na dicção da Súmula 7 do STJ. 5. Recurso especial desprovido. (REsp 1564658/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 23/02/2016)

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

-LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal – Volume Único. Juspodivm.

-LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. Saraiva.

- NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. Editora Revista dos Tribunais.

GABARITO DA BANCA EXAMINADORA:

- Gabarito: 1- Apresentação e estrutura textual (legibilidade, respeito às margens e indicação de parágrafos), 2- Desenvolvimento do tema, 2.1 Peça processual pertinente / Recurso em sentido estrito (CPP, art. 581, IV) / Endereçamento: juízo prolator da decisão, 2.2 Requisitos formais de admissibilidade / Processamento / Pedido de retratação / Remessa à instância superior, 2.3 Preliminar / Alegação de nulidade / Inobservância do rito processual estabelecido no CPP, na forma da Lei n.º 11.689/2008, art. 406 e seguintes / Ofensa ao princípio do devido processo legal (CF, art. 5.º, LIV) / Prequestionamentos, 2.4 Preliminar / Corréus / Colisão de defesas / Único defensor dativo / Nulidade / Defesa deficiente / Prejuízos aos réus (Súmula/STF n.º 523) / Prequestionamentos, 2.5 Alegação de nulidade / Violação do princípio da identidade física do juiz (CPP, art. 399, § 2.º) / Fundamentação, 2.6 Alegação de nulidade / Violação do disposto sobre a mutatio libelli (CPP, art. 384), 2.7 Mérito / Pedido de absolvição / Impronúncia / Desclassificação das condutas / Correta definição jurídica dos fatos narrados na denúncia, 2.8 Pedidos / Conhecimento e provimento do recurso / Declaração das nulidades / Renovação da instrução processual / Absolvição/Suspensão do processo / Impronúncia / Desclassificação das condutas / Correta definição jurídica dos fatos narrados na denúncia, 2.9 Peça processual interposta e razões do recurso em sentido estrito, com data de 21/3/2013

REVISÃO CRIMINAL

DPE/ES - 2012 - CESPE

PEÇA PROCESSUAL PENAL - Juca, Silas e Jacó, maiores, capazes, foram denunciados pelo Ministério Público Estadual pela prática de homicídio qualificado, com base no art. 121, p. 2º, IV, última figura ("outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido"), do Código Penal (CP), cumulado com art. 14 ("porte de arma de fogo de uso permitido") do Estatuto do Desarmamento (Lei No. 10.826/03), em concurso formal (art. 70 do CP), por terem, em 3/10/08, por volta das 23h40m, durante as comemorações pela vitória de determinada agremiação política nas eleições municipais, no Bar da Sereia, situado no subúrbio da cidade X, no interior do estado Y. Segundo a denúncia, os acusados, durante a falta momentânea de energia elétrica na localidade, dispararam arma de fogo, tendo dois disparos atingido Silva, que faleceu em decorrência dos ferimentos. Segundo laudo de exame cadavérico, foram extraídos do corpo da vitima dois projeteis de revólver calibre 38 e, segundo os exames de balística, pertencem a armas distintas. No dia dos fatos, foram apreendidos dois revólveres de calibre 38, cada um deles, com seus munições intactas, em poder de Juca e de Jacó, tendo o último declarado que a arma que ele portava pertencia a Silas, que lhe havia entregado o revolver minutos após os fatos, razão pela qual foram todos presos em flagrante delito. Os exames periciais acerca dos disparos de arma de fogo restaram inconclusivos em relação a silas e a Jacó, visto que eles haviam soltados foguetes e rojões antes da apuração eleitoral, e positivo em relação a Juca, que confessou a prática delituosa, declarando que efetuara um único disparo e que, no local, havia mais pessoas desafetas à vitima, incluindo-se Silas e Jacó, que entraram em confronto em razão da disputa eleitoral. Juca declarou não saber informar quem mais estaria armado no local, além dele próprio. A autoridade policial ouviu Jacó, que repetiu as declarações feitas no momento da prisão: que a arma era de Silas e que recebera minutos após os fatos, enquanto empreendia fuga no local. Afirmou, ainda, que as desavenças com o grupo político a que pertencia a vitima eram antigas, mas acreditava que não seriam motivo para a prática de crime. Confirmou, também, a existência de outras pessoas que teriam desentendimentos com a vitima e que estavam no local dos fatos no dia e na hora do crime. Questionado acerca de ter aceitado a arma de Silas após os fatos, declarou que tinha relação de amizade com Silas, tendo este lhe emprestado a arma outras vezes, quando se sentia ameaçado na região onde mora. Declarou, por fim, que não tinha motivos para a prática do delito. Ouvido pela autoridade policial, Silas, declarou que estava no Bar da Sereia, juntamente com outras pessoas, entre quais os outros acusados, quando percebeu a chegada de inúmeras pessoas de partidos rivais, inclusive a vitima, trocando provocações. Silas informou, ainda, que decidira, ir embora minutos antes da queda de energia elétrica, em companhia da vizinha Rita e do colega de trabalho Celso, e que eles chegaram a ouvir os estampidos, porém já estavam distantes do local. Declarou ser proprietário da arma de fogo, sem registro, e que havia emprestado, havia alguns meses, a Jacó, em razão de ele lhe ter declarado que estava sendo ameaçado no bairro onde mora. Acerca da declaração de Jacó ter recebido a arma do depoente minutos após os fatos, Silas negou a afirmação e disse que Jacó estava quase bêbado quando saiu do local e muito zangado com ele, o depoente, que encerrara relacionamento de dois anos com a irmã de Jacó e que não queria mais qualquer envolvimento com a família dele. Declarou, ainda, ter sido a falsa imputação feita por Jacó e o fato de ser proprietário da arma apreendida as únicas razões de ter sido preso, já em casa.A autoridade policial ouviu outras

seis testemunhas, que não acrescentaram maiores esclarecimentos a respeito dos fatos nem dos acusados. Não foram localizadas as testemunhas mencionadas por Silas, como Rita, por exemplo, que teria ido para São Paulo trabalhar, não tendo sido obtido o respectivo endereço. Ao receber a comunicação do flagrante, o MP postulou decretação da prisão preventiva dos acusados, que foi deferida pelo juízo da comarca. Oferecida e recebida a peça acusatória, foram os réus regulamente citados. Na fase processual, Juca e Jacó constituíram advogados para patrocinar suas defesas, e, tendo Silas declarado não possuir recurso financeiro para tanto, foi-lhe nomeado advogado dativo, visto que, à época dos fatos, ainda não tinha sido instalado núcleo de defensoria pública na comarca. No curso da instrução, foram ouvidas as testemunhas de acusação, três policiais envolvidos na prisão dos réus, que reiteravam os fatos constantes no inquérito, sem alterações relevantes em relação ao colhido na fase inquisitiva, e uma outra pessoa, que declarou ter visto Juca efetuar um disparo em direção à vítima, mas não pode precisar nada em relação ao demais acusados. Essa testemunha declarou, ainda, ter presenciado o comportamento provocador da vítima em relação aos adversários políticos, incluindo-se os acusados, em face do resultado das eleições. Foram ouvidas em juízo rês testemunhas arroladas pelo réu Jucá e outras duas arroladas por Jacó, tendo elas prestado informações acerca da conduta social e pessoal dos acusados e declarado não saberem, com precisão, dos fatos, nem mesmo das circunstâncias em que ocorreram. A defesa de Silas arrolou como testemunha a vizinha Rita e o colega de trabalho de Silas, Celso, tendo sido a primeira ouvida por carta precatória e a segunda falecido em decorrência de acidente automobilístico. No curso da instrução, foram juntados aos autos os exames complementares, com manifestação das partes, não tendo a carta precatória relativa ao depoimento da testemunha Rita retornado ao juízo até o encerramento da instrução. Os réus foram pronunciados nos termos da denúncia, tendo o tribunal de justiça mantido a decisão. Submetido a julgamento em plenário do júri, o advogado dativo de Silas não compareceu à sessão de julgamento, tendo o juízo, para evitar adiamentos, nomeado, naquele instante, o advogado de Juca para patrocinar a defesa de Silas, visto que ele conhecia o processo desde o inicio, e na avaliação do magistrado, não haveria colidência de defesa, tampouco prejuízo ao réu. Em plenário,o advogado de Juca utilizou quase a totalidade do tempo na defesa de seu constituinte e, nos derradeiros minutos, sustentou a defesa de Silas, basicamente procedendo à leitura do interrogatório do réu em sede policial e em juízo, pedindo aos jurados a absolvição em face da ausência de elementos para condená-lo. O advogado de Jacó negou a autoria dos fatos, transferindo a responsabilidade a Silas e pediu a absolvição do cliente. Os réus foram condenados, nos termos da denúncia e da decisão de pronúncia, pela prática de homicídio qualificado, de acordo com o art. 121, p. 2º, inciso IV, ultima figura ("outro recurs que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido"), do CP, cumulado com o art. 14 ("porte de arma de fogo de uso permitido") do Estatuto do Desarmamento, em concurso formal (art; 70 do CP), à pena de 14 anos e 6 meses de reclusão, cada réu, sendo-lhes denegado o direito de apelar em liberdade. Foi nomeado ao réu Silas novo advogado dativo, que apresentou, tal como os advogados dos demais réus, recurso de apelação. No prazo para as razões recursais, apenas os advogados de Juca e de Jacó apresentaram as peças processuais, tendo o advogado de Silas deixado a transcorrer o prazo in albis. Após o cumprimento das formalidades legais, ordenou-se a juntada aos autos da carta precatória, efetivamente cumprida, com vistas às partes, na qual a testemunha Rita asseverou integralmente o declarado pelo réu Silas, tendo sido o feito remetido ao tribunal. Na corte o feito foi julgado, tendo sido negado provimento aos apelas dos réus

e mantida integralmente a condenação, com fundamento principal na soberania constitucional dos veredictos, não tendo sido apreciados os demais elementos e provas. Os advogados foram intimados do acórdão pelo Diário Oficial, tendo decorrido o prazo recursal. Em atendimento no mutirão carcerário efetivado pela defensoria pública, foi aberto procedimento administrativo de assistência jurídica em favor de Silas, distribuído a um dos ofícios criminais, com cópia integral dos autos originais, e instruído com todos os elementos, informações, justificações e documentos essenciais ao feito. Considerando a situação hipotética acima apresentada, elabore, na condição de defensor público, a peça processual pertinente em favor de Silas, com base no atual entendimento dos tribunais superiores acerca dos temas tratados e com observância das regras técnicas. Apresente toda a matéria de direito processual e material, dispense relatórios e não crie fatos novos.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

EXMO. SR. DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Processo nº

SILAS, (qualificação completa e endereço) vem, por intermédio da Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo, ajuizar com fundamento no art. 621 do CPP, REVISÃO CRIMINAL contra o acórdão proferido pela Câmara Criminal deste Tribunal, nos seguintes termos.

I – DA INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS

Inicialmente, afirma, nos termos do art. 98 do NCPC e 806, §1º, do CPP, o condenado que é pessoa insuficiente de recursos e indica a Defensoria Pública para o patrocínio da causa, que fará o uso das prerrogativas previstas da LC n. 80/94, requerendo a dispensa do pagamento das despesas processuais.

II – DA LEGITIMIDADE

A legitimidade para o ajuizamento da presente ação autônoma de impugnação se extrai do art. 623 do CPP, considerando que o próprio condenado é quem veicula a pretensão revisional.

III – DA PRESENÇA DOS REQUISITOS OBJETIVOS

A revisão criminal tem como pressupostos a existência de sentença condenatória (art. 621 do CPP) e o trânsito em julgado (art. 625, §1º, do CPP). No caso concreto, ambos os requisitos se encontram preenchidos, devendo ser admitido o prosseguimento da presente ação impugnativa.

IV – SÍNTESE DOS FATOS

(dispensado pelo enunciado)

V – DA EXISTÊNCIA DE PROVA NOVA

No caso concreto, verifica-se que o veredicto do Tribunal do Júri, mantido pelo acórdão do TJES, não levou em consideração os elementos novos carreados aos autos que comprovam a inocência do condenado. Após o julgamento pelo tribunal popular, ordenou-se a juntada aos autos da carta precatória efetivamente cumprida. Nela, a testemunha Rita asseverou integralmente o declarado pelo réu Silas.

O condenado havia declarado que estava no Bar da Sereia, juntamente com outras pessoas, entre quais os outros acusados, quando percebeu a chegada de inúmeras pessoas de partidos rivais, inclusive a vitima, trocando provocações. O acusado decidira ir embora minutos antes da queda de energia elétrica, em companhia da vizinha Rita e do colega de trabalho Celso, e que eles chegaram a ouvir os estampidos, mas já estavam distantes do local.

O interrogatório do acusado, somado ao depoimento da testemunha Rita, confirmam que o veredicto do Tribunal do Júri é contrário à evidência da prova dos autos, permitindo-se a revisão do julgamento, nos termos do art. 621, I, parte final, do CPP. Acresça-se, inclusive, que o depoimento da carta precatória deve ser tratado como prova nova, nos termos do art. 621, III, do CPP, visto que juntado aos autos após o julgamento pelo Tribunal do Júri, bem como pelo fato de o Tribunal de Justiça não ter apreciado o seu teor por ocasião do julgamento do apelo.

Importante finalizar no sentido de que a moderna jurisprudência admite que o tribunal, no julgamento da revisão criminal decorrente de decisão proveniente do Júri possa reapreciar a causa, inclusive, absolvendo o acusado, superando-se o entendimento doutrinário até então prevalente, o que se espera no caso concreto.

VI – DA NULIDADE DA SESSÃO DE JULGAMENTO DO RECURSO DO CONDENADO – AUSÊNCIA DE RAZÕES RECURSAIS

Apesar de o Enunciado n. 523 do STF só reconhecer a nulidade absoluta no caso de ausência de defesa técnica, fato é que o julgamento de Silas não contou com uma defesa técnica material. O advogado dativo de Silas não compareceu à sessão de julgamento, tendo o juízo, para evitar adiamentos, nomeado, naquele instante, o advogado de Juca para patrocinar a defesa de Silas, visto que ele conhecia o processo desde o início e, na avaliação do magistrado, não haveria colidência de defesa, tampouco prejuízo ao réu.

Em plenário, o advogado de Juca utilizou quase a totalidade do tempo na defesa de seu constituinte e, nos derradeiros minutos, sustentou a defesa de Silas, basicamente procedendo à leitura do interrogatório do réu em sede policial e em juízo, pedindo aos jurados a absolvição em face da ausência de elementos para condená-lo.

Ora, evidente que Silas não contou com defesa técnica. Aliás, subtraiu-se dele o direito de escolher o profissional encarregado de sua defesa (direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei).

Deste modo, flagrante a nulidade no julgamento, posto que também não aplicado o art. 456 do CPP, que determina o adiamento da sessão no caso de ausência do advogado.

VII – DA NULIDADE DA SESSÃO DE JULGAMENTO DO RECURSO DO CONDENADO – AUSÊNCIA DE RAZÕES RECURSAIS

Após a prolação do veredicto pelo tribunal popular, foi nomeado ao réu Silas novo advogado dativo, que apresentou, tal como os advogados dos demais réus, recurso de apelação. No entanto, no prazo para as razões recursais, apenas os advogados de Juca e de Jacó apresentaram as peças processuais, tendo o advogado de Silas deixado a transcorrer o prazo in albis.

Durante o julgamento do recurso, foi negado provimento aos apelos dos réus e mantida integralmente a condenação, com fundamento principal na soberania constitucional dos veredictos, não tendo sido apreciados os demais elementos e provas.

De início, flagrante a nulidade decorrente da inércia do advogado dativo. Tratando-se de profissional nomeado pelo juízo, a ausência de intervenção processual significaria a necessidade de constituição de novo profissional para o exercício do encargo defensivo.

Não se trata de defesa constituída, mas sim nomeada, cabendo ao Poder Judiciário assegurar ao acusado a plena defesa técnica, o que não ocorreu no caso concreto, já que não ofertadas as razões recursais. Em segundo lugar, a desídia do advogado dativo trouxe outro prejuízo ao condenado, decorrente da ausência de defesa na sessão de julgamento. No caso, deveria o tribunal intimar o defensor dativo para o julgamento do recurso, o que não ocorreu no caso concreto.

VIII – DA CONCESSÃO DE PROVIDÊNCIA CAUTELAR

A jurisprudência dos tribunais é pacífica no sentido de que a Revisão Criminal admite a tutela cautelar, sempre que presentes o periculum in mora e o fumus boni juris. O primeiro decorre do fato de o condenado estar em cumprimento de pena, enquanto que o segundo se pauta nos elementos de convicção, especialmente o depoimento produzido na carta precatória.

Desta forma, requer a Vossas Excelências que seja concedida a medida cautelar para interromper o cumprimento da pena imposta e permitir que o condenado possa aguardar, em liberdade, o julgamento da presente ação autônoma.

IX – CONCLUSÃO

Diante do exposto, requer a V. Exas.:

1 - O conhecimento da presente ação autônoma de impugnação e o deferimento da medida cautelar para interromper o cumprimento da pena imposta e permitir que o condenado possa aguardar, em liberdade, o julgamento.

2 – O deferimento da gratuidade de justiça.

3 – O julgamento pela procedência do pedido revisional, com a ruptura da coisa julgada e consequente absolvição do condenado em virtude dos vícios apontados.

4 – Caso não seja este o entendimento deste, requer que seja determinada a anulação do julgamento do recurso interposto, com a realização de nova sessão perante o Tribunal do Júri.

5 – Seja fixada justa indenização, nos termos do art. 630 do CPP.

Local, data

Defensor Público

Matrícula.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO ADVOGADO PARA A SESSÃO DE JULGAMENTO: CERCEAMENTO DE DEFESA: CARACTERIZAÇÃO. NULIDADE ABSOLUTA. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA. 1. A mera intimação da inclusão do recurso em pauta não assegura a data exata em que ocorrerá o julgamento nem garante, então, ao representante legal do Paciente o direito de comparecer ao julgamento para efetivar a defesa oral, na forma dos arts. 554 e 565 do CPC. 2. A ausência de intimação para a data da sessão de julgamento pode ser, assim, considerada causa de nulidade do ato praticado nessa condição, inclusive por ter sido frustrada eventual possibilidade de sustentação oral. Precedentes. 3. Os mesmos fundamentos do acórdão concessivo da ordem no Habeas Corpus n. 91.566 servem para afastar o constrangimento ilegal a que está sendo submetido o ora Paciente. 4. Habeas corpus concedido no sentido de se anular o julgamento do recurso de apelação proferido pelo Superior Tribunal Militar. (STF - HC: 98357 RJ, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 21/06/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-162 DIVULG 23-08-2011 PUBLIC 24-08-2011 EMENT VOL-02572-02)

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ADVOGADO CONSTITUÍDO DEVIDAMENTE INTIMADO. INÉRCIA NA APRESENTAÇÃO DAS RAZÕES RECURSAIS. NECESSIDADE DA PRÉVIA INTIMAÇÃO DO RÉU PARA CONSTITUIR NOVO PATRONO. FALTA DE NOMEAÇÃO DE DEFENSOR PÚBLICO OU DATIVO PARA SUPRIR A FALTA. CERCEAMENTO DE DEFESA CARACTERIZADO. PRECEDENTES. ACÓRDÃO DA APELAÇÃO ANULADO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. OCORRÊNCIA. 1. Tendo o réu manifestado pessoalmente o desejo de recorrer da sentença condenatória, deve ser suprida a sua falta de capacidade postulatória, com a apresentação de razões por advogado. Havendo advogado constituído, se esta permanece inerte, deve ser o acusado intimado para constituir novo defensor, e, não o fazendo, deve-se-lhe nomear defensor dativo para tanto (HC n. 71.054/SC, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 10/12/2007). 2. Interposta a apelação, cumpre ser arrazoada em 1a. ou 2a. instâncias (não se confunde com a sustentação oral). Exigência do "due process of law" (Const. art. 5., LV) - REsp n. 88.194/GO, Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ 9/6/1997. 3. É nulo o julgamento sem que o recurso tenha sido arrazoado (HC n. 39.678/RS, Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, DJe 2/6/2005). 4. Numa interpretação histórico-evolutiva não é de se aceitar, hoje em dia, a aplicação literal do disposto no art. 601 do CPP, que cerceando o direito do réu, se apresenta fora do contexto processual penal, quer constitucional quer infraconstitucional

(REsp n. 125.680/RS, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 13/10/1998). 5. Há respaldo jurisprudencial para a conclusão de ocorrência de nulidade absoluta no caso, o que autoriza a concessão da ordem, até mesmo de ofício, se se entendesse pela falta de cabimento do habeas corpus. 6. Não há falar em instrução deficiente dos autos de habeas corpus pela ausência de cópia da ata da sessão de julgamento da apelação para se verificar se ali estava presente ou não o defensor do réu. Diante do caráter absoluto da nulidade cabalmente demonstrada na espécie, torna-se indiferente ter sido arguida, ou não, por defensor, durante o julgamento, a ausência das razões da apelação. 7. De acordo com a pena fixada, o lapso prescricional é de 4 anos, conforme preceitua o art. 109, V, do Código Penal, prazo este transcorrido entre o último marco interruptivo, consistente na publicação da sentença condenatória, em 30/7/2007, e 5/9/2013. 8. A liminar deferida pelo então Relator não teve o condão de suspender o lapso prescricional. 9. Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no HC: 179776 ES 2010/0131663-7, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 13/05/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/06/2014)

REVISÃO CRIMINAL. CONDENAÇÃO PENAL PELO JÚRI. ERRO JUDICIÁRIO. INOPONIBILIDADE DA SOBERANIA DO VEREDICTO DO CONSELHO DE SENTENÇA À PRETENSÃO REVISIONAL. JULGAMENTO DESSA AÇÃO AUTÔNOMA DE IMPUGNAÇÃO PELO TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU. CUMULAÇÃO DO "JUDICIUM RESCINDENS" COM O "JUDICIUM RESCISSORIUM". POSSIBILIDADE. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. - O Tribunal de segunda instância, ao julgar a ação de revisão criminal, dispõe de competência plena para formular tanto o juízo rescindente ("judicium rescindens"), que viabiliza a desconstituição da autoridade da coisa julgada penal mediante invalidação da condenação criminal, quanto o juízo rescisório ("judicium rescissorium"), que legitima o reexame do mérito da causa e autoriza, até mesmo, quando for o caso, a prolação de provimento absolutório, ainda que se trate de decisão emanada do júri, pois a soberania do veredicto do Conselho de Sentença, que representa garantia fundamental do acusado, não pode, ela própria, constituir paradoxal obstáculo à restauração da liberdade jurídica do condenado. Doutrina. Precedentes. O recurso extraordinário a que se refere o presente agravo foi interposto contra decisão que, proferida pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, acha-se consubstanciada em acórdão assim ementado (fls. 400): "REVISÃO CRIMINAL – TRIBUNAL DO JÚRI – SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO – ART. 621, INCISO I, DO CPP – ERRO JUDICIÁRIO POR CONTRARIEDADE À EVIDÊNCIA DOS AUTOS – ABSOLVIÇÃO – POSSIBILIDADE – ART. 626 DO CPP – PEDIDO REVISIONAL PROCEDENTE. O Tribunal, julgando procedente a ação revisional por contrariedade à evidência dos autos, está autorizado a rescindir a condenação para absolver o réu." (grifei) O Ministério Público local, ora recorrente, ao deduzir o apelo extremo em causa, sustentou que o Tribunal "a quo" teria transgredido diversos preceitos inscritos na Constituição da República. O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. EDSON OLIVEIRA DE ALMEIDA, ao opinar nesta causa, manifestou-se contrariamente à parte ora recorrente, apoiando-se, para tanto, em fundamentos evidenciadores da inviabilidade do recurso extraordinário em questão, em parecer que possui o seguinte teor (fls. 529/530v.): "Senhor Ministro-Relator: 1. O Tribunal do Júri da Comarca de Cuiabá/MT condenou o recorrido à pena de 8 (oito) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, como mandante da tentativa de homicídio de um Delegado de Polícia. A condenação transitou em julgado e o réu ajuizou revisão criminal na qual alegou que a condenação contrariou a evidência dos autos, aduzindo prova

nova produzida em sede de justificação judicial. O Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso julgou procedente a revisão e absolveu o réu: 'O Tribunal, julgando procedente a ação revisional por contrariedade à evidência dos autos, está autorizado a rescindir a condenação para absolver o réu'. 2. Foi então interposto recurso extraordinário pelo Ministério Público, sob a alegação de ofensa ao art. 5º, XXXVII, XXXVIII, 'c' e 'd', e LIII, da Constituição Federal, cujo seguimento foi negado: 'seria necessário o exame de dispositivos da legislação infraconstitucional , em especial, os arts. 74, § 1º, e 621, incisos I e III, da Lei Instrumental Penal, o que caracterizaria, quando muito, ofensa reflexa, cuja aferição não é permitida nesta via'. 3. Por isso o presente agravo, no qual se alega, em suma, que 'tratou-se no tema do extraordinário de típica ofensa frontal e direta, posto que o acórdão recorrido afirma pertencer ao âmbito da Corte revisional competência expressamente atribuída ao Tribunal do Júri a quem a Constituição Federal não apenas entregou a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, mas também a protegeu, por meio da cláusula da soberania dos veredictos, da tendência de viés corporativista ou ideológica que recusa toda forma de participação direta no exercício do poder'. Acrescenta que 'no caso, o extraordinário busca solução para uma única questão de direito: saber se o tribunal local pode ou não julgar, após rescindir a condenação, um crime da competência constitucional do júri'. 4. Não assiste razão ao recorrente, uma vez que a soberania dos veredictos do tribunal do júri não é absoluta (RHC 93.248/SP, rel. Min. Ellen Gracie). No caso específico da revisão criminal, e como decorrência da soberania do Tribunal do Júri,restaurada pela Constituição de 1946, alguns processualistas passaram a defender a tese de que a revisão contra as condenações do Júri está limitada ao juízo rescindente, sendo o juízo rescisório incompatível com a soberania. Assim, de acordo com essa posição, o Tribunal de Justiça, ao acolher a revisão criminal, limitar-se-ia a devolver o caso ao Tribunal do Júri, para novo julgamento. Mas não foi essa a orientação que prevaleceu na doutrina e na jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal. 5. Já em 1947, o Supremo Tribunal Federal, ao deferir o HC nº 30.011/DF, decidiu, com voto condutor do Ministro Ribeiro da Costa, que seria injusto invocar a soberania do Júri 'para criar somente para as suas sentenças a exceção à garantia individual que a Constituição concede a todos os condenados, no recurso da revisão criminal. Este deve, portanto, beneficiar a todos os réus, indistintamente, com a sua forma genérica, visando a reparação ao erro judiciário que se constitui na infinita variedade dos casos'. Transcrevo, ainda, para melhor ilustração, o seguinte trecho do Ministro Hahnnemann Guimarães: 'A revisão é, por conseguinte, um remédio extraordinário, estabelecido em benefício dos condenados. Ora, sendo este o caráter da revisão, não era possível que a soberania do Júri pudesse obstar a esse remédio, que é favorável ao réu'. E também do Ministro Orosimbo Nonato: 'o estabelecimento ou restabelecimento da soberania do Júri se deu em favor da liberdade, com o entregar-se o julgamento de certos casos não a Juiz togado, senão ao popular mais flexível e humano em seus julgamentos, mais apto a apreender os diversos aspectos do delito, e a proferir veredictos sem os grilhões de preconceitos jurídicos. Foi em proveito da liberdade que se estabeleceu a soberania do Júri, e seria proteção contrária à 'mens legis', imprimir à decisão do Júri caráter irremediável, quando a solução fosse adversa àquela liberdade. De resto, tornar a decisão do Júri, em tais casos, sobranceira à própria revisão, seria abrir exceção 'toto coelo' injustificável. Se as sentenças todas se revêem, não é justo que as do Júri ponham fora do alcance desse remédio de direito, ainda que suscitado, em favor da liberdade. Dir-se-á que essa conclusão levaria a, admitido o remédio, atribuir o caso ao próprio Júri. Mas, a revisão é remédio cujo exercício não orna com a natureza do Júri, e

nela pode ser versada estrita e precipuamente jurídica, cuja solução não pode caber ao juiz de fato'. 6. Em 1954 o Supremo Tribunal Federal, em acórdão relatado pelo Ministro Edgar Costa, voltou a prestigiar a revisão criminal das sentenças do júri: 'Tribunal do Júri; o reexame dos seus veredictos pelos tribunais togados, através do recurso'extraordinário' da revisão criminal, quando contrários às provas dos autos, não implica em violação do art. 141, par:28, da Constituição, que estabeleceu a soberania daqueles veredictos' (RE 23.816-PE). 7. Nesse mesmo sentido, mais recentes, os HC 71.878/RS; HC 70.193/RS; HC 68.727/DF; HC 68.658/DF; HC 67.737/RJ, todos da relatoria do Ministro Celso de Mello: 'a condenação penal definitiva imposta pelo Júri é passível, também ela, de desconstituição mediante revisão criminal (RTJ 115/1114), não lhe sendo oponível – como reiteradamente proclamado pela jurisprudência dos Tribunais (RT 475/352 – RT 479/321 – RT 488/330 – RT 548/331) – a cláusula constitucional da soberania do veredicto do Conselho de Sentença'. 8. Isso posto, na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, opino pelo desprovimento do agravo." (grifei) Sendo esse o contexto, passo a examinar o presente recurso. E, ao fazê-lo, entendo assistir plena razão à douta Procuradoria-Geral da República, cujo parecer, além de haver analisado, com exatidão, a controvérsia ora em julgamento, encontra sólido apoio em diversos precedentes emanados do Supremo Tribunal Federal. Também entendo, na linha dessa diretriz jurisprudencial firmada por esta Suprema Corte (HC 67.737/RJ – HC 68.658/DF – HC 68.727/DF, dos quais fui Relator, v.g.), que a condenação penal definitiva imposta pelo Júri é passível, também ela, de desconstituição mediante revisão criminal (RTJ 115/1114), não lhe sendo oponível – como reiteradamente proclamado pela jurisprudência dos Tribunais (RT 475/352 – RT 479/321 – RT 488/330 – RT 548/331) – a cláusula constitucional da soberania do veredicto do Conselho de Sentença (HC 71.878/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Mostra-se oportuno destacar, por relevante, que essa orientação tem o beneplácito de autorizadíssimo magistério doutrinário (FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, "Processo Penal", vol. 4/453-455, item n. 10, 11ª ed., 1989, Saraiva; JOSÉ FREDERICO MARQUES, "A Instituição do Júri", vol. I/54-55, item n. 3, 1963, Saraiva; MARCELLUS POLASTRI LIMA, "Curso de Processo Penal", p. 1.115/1.116, item n. 2, 7ª ed., 2013, Lumen Juris; VICENTE GRECO FILHO, "Manual de Processo Penal", p. 397, item n. 84.8,1991, Saraiva; HERMÍNIO ALBERTO MARQUES PORTO, "Júri", p. 38/40, item n. 30, 12ª ed., 2007, Saraiva; DENILSON FEITOZA, "Direito Processual Penal – Teoria, Crítica e Práxis", p. 1.118, item n. 24.1.2.1, 6ª ed., 2009, Impetus; PAULO RANGEL, "Direito Processual Penal", p. 1.053/1.054, item n. 2.10.2, 18ª ed., 2010, Lumen Juris; EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA, "Curso de Processo Penal", p. 907, item n. 17.12.2, b, 13ª ed., 2010, Lumen Juris; JULIO FABBRINI MIRABETE, "Código de Processo Penal Interpretado", p. 1.610, item n . 621.3, 11ª ed., 2008, Atlas, v.g.). Em suma: o Tribunal de segunda instância, ao julgar a ação de revisão criminal, dispõe de competência plena para formular tanto o juízo rescindente ("judicium rescindens"), que viabiliza a desconstituição da autoridade da coisa julgada penal mediante invalidação da condenação criminal, quanto o juízo rescisório ("judicium rescissorium"), que legitima o reexame do mérito da causa e autoriza, até mesmo, quando for o caso, a prolação de provimento absolutório, ainda que se trate de decisão emanada do júri, pois a soberania do veredicto do Conselho de Sentença, que representa garantia fundamental do acusado, não pode, ela própria, constituir paradoxal obstáculo à restauração da liberdade jurídica do condenado. Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, conheço do presente agravo, para negar seguimento ao recurso extraordinário, eis que o acórdão recorrido está em harmonia com a diretriz jurisprudencial prevalecente nesta Suprema Corte (CPC,art. 544, § 4º, II, "b", na redação dada pela Lei nº

12.322/2010). Publique-se. Brasília, 15 de outubro de 2013.Ministro CELSO DE MELLO. Relator (STF - ARE: 674151 MT, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 15/10/2013, Data de Publicação: DJe-207 DIVULG 17/10/2013 PUBLIC 18/10/2013)

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

AVENA, Norberto. Processo penal esquematizado. 4. Ed. São Paulo: Método. 2012.

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. Princípios institucionais da defensoria pública. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GRECO, Rogério. Curso de direito penal. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, Vol. I

LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Campinas: Bookseller, 1998. Vol. I.

PAIVA, Caio. Prática penal para defensoria pública. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SILVA, Franklyn Roger Alves. A nova formatação constitucional da defensoria pública à luz da emenda constitucional n. 80/14. http://www.cursocei.com/reflexos-da-ec-n-80-de-2014/Acesso em 13 mai 2016.

SILVA, Luiz Claudio; SILVA, Franklyn Roger Alves. Manual de processo e prática penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 29. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GABARITO DA BANCA EXAMINADORA:

- Gabarito: PEÇA PROCESSUAL PENAL - 1. Revisão criminal, endereçamento. 2. Fundamento, vinculação, juízo de admissibilidade, requisitos formais da ação revisional, 3. Mérito, fundamentação, prova nova (art. 621, III do CPP), testemunha, carta precatória, sentença, ausência de exame pelo tribunal. 4. Mérito, fundamentação, contrariedade à evidência das provas dos autos (art. 621, I, parte final, CPP). 5. Nulidade da sessão de julgamento, ausência do advogado dativo, adiamento, nova sessão, ofensa à ampla defesa, prequestionamentos. 6. Nulidade da apelação, ausência de razães do apelante, nulidade da sessão de julgamento do tribunal, inclusão em pauta, ausência de intimação pessoal do defensor dativo. 7. Da medida cautelar: requisitos, colocação do autor em liberdade, possibilidade de manifesto error in judicando conforme decisão do STF. 8. Dos pedidos: conhecimento, julgamento procedente, absolvição do autor, pedidos sucessivos alternativos, anulação do julgamento, nova sessão plenária, fixação da justa indenização.

CAPÍTULO 3

QUESTÕES DE PROVA ORAL

QUESTÕES DE PROVA ORAL

DIREITO ADMINISTRATIVO

DPDF/2013 - Discorra sobre os requisitos necessários para a exigência de teste psicotécnico como condição de ingresso no serviço público, esclarecendo se a esse teste pode ser conferida natureza eliminatória.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

A previsão de exame psicotécnico como uma das fases do concurso público é aceita pela doutrina e também pela Jurisprudência, mesmo que como uma fase eliminatória. Referido exame é importante para aqueles cargos públicos mais sensíveis, como os da área policial.

Diante de inúmeras controvérsias, a Jurisprudência, notadamente o STF, estipulou alguns balizamentos para entender como conveniente a existência de exame psicotécnico (como fase classificatória e/ou eliminatória). Contudo, é importante frisar que o caráter eliminatório do exame psicotécnico deve estar previsto legalmente, e não apenas no edital do certame.

O primeiro ponto a ser lembrado é que a Súmula Vinculante 44, que foi fruto da conversão da Súmula 686, trata do aspecto legal, ou seja, ela aduz que "só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público". Assim, além do edital, a necessidade de exame psicotécnico deve estar previsto na lei regedora da situação funcional.

Somado a isso, a avaliação psicotécnica deve possuir critérios objetivos, como forma de permitir a consagração do princípio da impessoalidade e afastar eventuais subjetividade. E, além disso, como decorrência dos critérios objetivos, deve haver a publicidade do resultado e também a possibilidade de recurso para aquele candidato reprovado ou que se sentir prejudicado.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR. EXAME PSICOTÉCNICO. CARÁTER SIGILOSO E IRRECORRÍVEL. ILEGALIDADE. Consoante assente entendimento desta Corte e do Pretório Excelso, quando presentes a subjetividade e o caráter irrecorrível, o exame psicotécnico reveste-se de ilegalidade. Recurso provido. (STJ - RMS: 16418 SC 2003/0086987-1, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 06/04/2004, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 07.06.2004 p. 244)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. ART. 47 DO CPC. EXAME PSICOTÉCNICO. NULIDADE DO PRIMEIRO TESTE. NECES-

SIDADE DE SUBMISSÃO A NOVA AVALIAÇÃO. 1. Segundo a jurisprudência STJ, desnecessária a citação dos demais concursandos como litisconsortes passivos necessários nos casos em que a sentença não atinge a esfera jurídica de todos eles. 2. É firme o entendimento de que a legalidade do exame psicotécnico em provas de concurso público está submetida a previsão legal, objetividade dos critérios adotados e possibilidade de revisão do resultado obtido pelo candidato. 3. Uma vez declarada a nulidade do teste psicotécnico, deve o candidato se submeter a outro exame. Precedentes do STJ. 4. Recurso especial provido, para determinar a submissão do candidato a nova avaliação psicológica. (STJ - REsp: 1385765 DF 2013/0168785-1, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 27/08/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/09/2013)

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 28ª. ed. Atlas. 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, São Paulo: Atlas. 2015.

DPDF/2013 - Suponha que um médico do serviço público federal assuma outro cargo público privativo da área de saúde e que a soma da carga horária de trabalho referente aos dois cargos públicos seja de setenta horas semanais. Em face dessa situação hipotética, esclareça, com base na jurisprudência do STJ, se é lícita a acumulação de cargos mencionada e cite os requisitos previstos no ordenamento jurídico brasileiro para a acumulação de cargos públicos na área de saúde.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

A CRFB estabelece os critérios para a acumulação de cargos e, primordialmente, deve haver compatibilidade de horários e a permissão constitucional para tanto. Frise-se que a regra é a proibição de acumular, abrangendo empregos e funções em autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público.

De acordo com o art. 37, XVII, da CRFB (regra básica da acumulação), levando em conta a compatibilidade de horários, é lícita a acumulação de dois cargos de professor; de um cargo de professor com outro técnico ou científico; e a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas. Destaque-se que a Jurisprudência entende que o cargo técnico é aquele que demanda uma formação específica, ou seja, a mera nomenclatura "técnico" não basta para configurar como cargo lícito para acumular.

No tocante ao serviço público federal, a Advocacia-Geral da União possui o Parecer nº GQ – 145/1998 que, em suma, estipulou sessenta horas semanais como o teto para a acumulação. Para tanto, entendeu-se no referido parecer que, por mais apto e dotado, física e mentalmente, que seja o servidor, não se conceberia razoável entender compatíveis os horários cumpridos cumulativamente de forma a remanescer, diariamente, apenas oito horas para atender-se à locomoção, higiene física e mental, alimentação e repouso, como ocorre-

ria nos casos em que o servidor exercesse dois cargos ou empregos em regime de quarenta horas semanais, em relação a cada um.

Acerca do entendimento jurisprudencial, embora diversos tribunais regionais federais afastem a incidência do referido parecer, especialmente pela alegação de que ele não é lei, o entendimento mais recente do STJ é no sentido de que é vedada a acumulação de cargos públicos quando a soma da carga horária superar 60 horas semanais.

Segundo o STJ, como a possibilidade de acumulação é exceção, ela deve ser interpretada de forma restritiva. Somado a isso, a acumulação remunerada de cargos públicos deve atender ao princípio constitucional da eficiência, ou seja, o servidor precisa estar em boas condições físicas e mentais para bem exercer as suas atribuições, o que depende de adequado descanso no intervalo entre o final de uma jornada de trabalho e o início da outra, o que é impossível em condições de sobrecarga de trabalho.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ACUMULAÇÃO DO CARGO PÚBLICO DE POLICIAL MILITAR COM O DE PROFESSOR. IMPOSSIBILIDADE. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que o cargo público de técnico, que permite a acumulação com o de professor nos termos do art. 37, XVI, b, da Constituição Federal, é o que exige formação técnica ou científica específica. Não se enquadra como tal o cargo ocupado pelo impetrante, de Policial Militar. 2. Recurso ordinário desprovido. (STJ, RMS 32031 / AC, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe 24/11/2011).

DIREITO ADMINISTRATIVO. INADMISSIBILIDADE DE JORNADA SEMANAL SUPERIOR A SESSENTA HORAS NA HIPÓTESE DE ACUMULAÇÃO DE CARGOS PRIVATIVOS DE PROFISSIONAIS DE SAÚDE. É vedada a acumulação de dois cargos públicos privativos de profissionais de saúde quando a soma da carga horária referente aos dois cargos ultrapassar o limite máximo de sessenta horas semanais. Segundo o que dispõe a alínea c do inciso XVI do art. 37 da CF, é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI, a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas. Por se constituir como exceção à regra da não acumulação, a acumulação de cargos deve ser interpretada de forma restritiva. Ademais, a acumulação remunerada de cargos públicos deve atender ao princípio constitucional da eficiência, na medida em que o profissional da área de saúde precisa estar em boas condições físicas e mentais para bem exercer as suas atribuições, o que certamente depende de adequado descanso no intervalo entre o final de uma jornada de trabalho e o início da outra, o que é impossível em condições de sobrecarga de trabalho. Observa-se, assim, que a jornada excessiva de trabalho atinge a higidez física e mental do profissional de saúde, comprometendo a eficiência no desempenho de suas funções e, o que é mais grave, coloca em risco a vida dos usuários do sistema público de saúde. Também merece relevo o entendimento do TCU no sentido da coerência do limite de sessenta horas semanais – uma vez que cada dia útil comporta onze horas consecutivas de descanso interjornada, dois turnos de seis horas (um para cada cargo), e um intervalo de uma hora entre esses dois turnos (destinado à alimentação e deslocamento), fato que

certamente não decorre de coincidência, mas da preocupação em se otimizarem os serviços públicos, que dependem de adequado descanso dos servidores públicos (TCU, Acórdão 2.133/2005, DOU 21/9/2005). MS 19.336-DF, Rel. originária Min. Eliana Calmon, Rel. para acórdão Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 26/2/2014.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 28ª. ed. Atlas. 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, São Paulo: Atlas. 2015.

DPDF/2013 - Discorra sobre a possibilidade de a administração fazer uso de informações de mensagem de correio eletrônico institucional e privado de servidor público para a apuração, em processo administrativo disciplinar, de indícios de irregularidades administrativas cometidas pelo referido servidor.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

O correio eletrônico ou e-mail institucional utilizado pelos servidores é uma ferramenta de trabalho disponibilizada pela Administração Publica que poderá, ou não, ter seu uso discriminado em normas internas do órgão. O email institucional é criado e outorgado ao servidor para o bem do serviço, ainda que ocasionalmente seja utilizado de forma atípica para atividades particulares do servidor, quando expressamente autorizado pelo ente público.

Assim, não constitui afronta art. 5º, XII, da CRFB o uso das informações contidas no email institucional do servidor, com fundados indícios de irregularidades, para fins de apuração que dependam exclusivamente desse meio de prova, uma vez que não prospera, nesse caso, a alegação de preservação de intimidade.

Isso se justifica em razão de o email corporativo ter seu uso restrito para o labor público, o que confere ao ente público o acesso a ele ou o seu monitoramento, sem que seja necessária autorização judicial. No caso do email de uso particular do servidor, a intimidade de suas informações está assegurada constitucionalmente, aí sim sendo seus dados invioláveis pela Administração.

Havendo necessidade de utilização de informações provenientes do email privado do servidor, para fins apuratórios, a disponibilização desses dados depende da autorização judicial, conforme previsão da Lei nº 9.296/96, que, no parágrafo único do art. 1º, estende o compartilhamento do sigilo à interceptação do fluxo das comunicações em sistemas de informática (a exemplo do email pessoal). Por conta disso, é aceito o mesmo tipo procedimento regulado em relação às comunicações telefônicas para o compartilhamento do sigilo desses fluxos de dados.

Muito embora o regime celetista não se amolde com total igualdade ao Direito Público, diversas decisões do TST entendem que se o meio de comunicação é o institucional, não existe violação de sigilo de correspondência quando o empregador, que disponibilizou o serviço, fiscaliza a sua correta utilização.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

PROVA ILÍCITA. "E-MAIL" CORPORATIVO. JUSTA CAUSA. DIVULGAÇÃO DE MATERIAL PORNOGRÁFICO. 1. Os sacrossantos direitos do cidadão à privacidade e ao sigilo de correspondência, constitucionalmente assegurados, concernem à comunicação estritamente pessoal, ainda que virtual ("e-mail" particular). Assim, apenas o e-mail pessoal ou particular do empregado, socorrendo-se de provedor próprio, desfruta da proteção constitucional e legal de inviolabilidade. 2. Solução diversa impõe-se em se tratando do chamado "e-mail"corporativo, instrumento de comunicação virtual mediante o qual o empregado louva-se de terminal de computador e de provedor da empresa, bem assim do próprio endereço eletrônico que lhe é disponibilizado igualmente pela empresa. Destina-se este a que nele trafeguem mensagens de cunho estritamente profissional. Em princípio, é de uso corporativo, salvo consentimento do empregador. Ostenta, pois, natureza jurídica equivalente à de uma ferramenta de trabalho proporcionada pelo empregador ao empregado para a consecução do serviço. 3. A estreita e cada vez mais intensa vinculação que passou a existir, de uns tempos a esta parte, entre Internet e/ou correspondência eletrônica e justa causa e/ou crime exige muita parcimônia dos órgãos jurisdicionais na qualificação da ilicitude da prova referente ao desvio de finalidade na utilização dessa tecnologia, tomando-se em conta, inclusive, o princípio da proporcionalidade e, pois, os diversos valores jurídicos tutelados pela lei e pela Constituição Federal. A experiência subministrada ao magistrado pela observação do que ordinariamente acontece revela que, notadamente o "e-mail" corporativo, não raro sofre acentuado desvio de finalidade,mediante a utilização abusiva ou ilegal, de que é exemplo o envio de fotos pornográficas. Constitui, assim, em última análise, expediente pelo qual o empregado pode provocar expressivo prejuízo ao empregador. 4. Se cuida de "e-mail" corporativo, declaradamente destinado somente para assuntos e matérias afetas ao serviço, o que está em jogo, antes de tudo, é o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar à INTERNET e sobre o próprio provedor. Insta ter presente também a responsabilidade do empregador, perante terceiros, pelos atos de seus empregados em serviço (Código Civil, art. 932, inc.III), bem como que está em xeque o direito à imagem do empregador,igualmente merecedor de tutela constitucional. Sobretudo, imperativo considerar que o empregado, ao receber uma caixa de "e-mail" de seu empregador para uso corporativo, mediante ciência prévia de que nele somente podem transitar mensagens profissionais, não tem razoável expectativa de privacidade quanto a esta, como se vem entendendo no Direito Comparado (EUA e Reino Unido). 5. Pode o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, em "e-mail" corporativo, isto é, checar suas mensagens, tanto do ponto de vista formal quanto sob o ângulo material ou de conteúdo. Não é ilícita a prova assim obtida, visando a demonstrar justa causa para a despedida decorrente do envio de material pornográfico a colega de trabalho. Inexistência de afronta ao art. 5º, incisos X, XII eLVI, da Constituição Federal. 6. Agravo de Instrumento do Reclamante a que se nega provimento. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nºTST-RR-613/2000-013-10-00.7, em que é Recorrente HSBC SEGUROS BRASIL S.A.e Recorrido ELIELSON LOURENÇO DO NASCIMENTO.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 28ª. ed. Atlas. 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, São Paulo: Atlas. 2015.

DPDF/2013 - Discorra sobre o prazo para a impetração de mandado de segurança em face da omissão de autoridade administrativa e manifeste-se, de acordo com a jurisprudência pacificada no STF, sobre a possibilidade de concessão de segurança quando a matéria jurídica abordada for controversa.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

A doutrina administrativista, como regra, entende que se para o particular o poder de agir é uma faculdade, para o administrador público é uma obrigação de atuar. Assim, a atuação do administrador público é irrenunciável em função da indisponibilidade do interesse público. As omissões nem sempre terão o mesmo efeito, sendo muito importante analisar as espécies dela e seus efeitos jurídicos. Nem toda omissão administrativa pode ser vista como ilegal (seria o caso das omissões genéricas, em relação às quais cabe ao administrador avaliar a oportunidade própria para adotar as providencias positivas).

As omissões específicas são ilegais, isto é, aquelas que estiverem ocorrendo mesmo diante de expressa previsão legal no sentido do fazer em prazo determinado ou quando, mesmo sem prazo fixado, a Administração permanece omissa em período superior ao aceitável dentro de padrões normais de razoabilidade. No caso da omissão, se o administrado se sentir lesado, ele tem o direito subjetivo de exigir do administrador omisso a conduta comissiva imposta na lei, seja na via administrativa (por meio do direito de petição), seja na via judicial.

No tocante ao prazo, se o mandado de segurança é interposto contra omissão, duas hipóteses devem ser distinguidas: se a Administração está sujeita a prazo para praticar o ato e ele se esgotar, começa o lapso de 120 dias para impetração da segurança. Se a Administração não está sujeita a prazo legal para prática do ato, não se cogita de decadência para o mandado de segurança pelo fato de inexistir um termo inicial. Frise-se que enquanto persistir a omissão, é cabível o mandado de segurança.

Em relação à controvérsia do direito, a existência de cizânia sobre o tema não impede a utilização de mandado de segurança. A existência do direito líquido e certo não importa em pacífica interpretação acerca da existência do direito em si tutelado, sendo essa a razão pela qual esse requisito é prova do fato que se alega no mandado de segurança, independentemente da existência de controvérsia jurisprudencial ou doutrinária sobre o assunto.

Não importa para a impetração desse remédio constitucional que o direito almejado não é pacífico, mas sim se há demonstração dos fatos alegados na petição inicial por meio de prova documental e sem a necessidade de instrução probatória. Ademais, a Súmula 625 do STF aduz que "controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança".

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. PROCEDÊNCIA. Havendo omissão da Administração Pública em apreciar requerimento administrativo do particular contra ato de efeitos concretos que afeta prestações de trato su-

cessivo, o prazo decadencial se renova a cada mês, tendo em vista que, a cada mês, se renova a omissão da Administração. Embargos de declaração acolhidos". (RMS 24736 ED, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 14/09/2010, DJe-190 DIVULG 07-10-2010 PUBLIC 08-10-2010 EMENT VOL-02418-01 PP-00139 RDDP n. 94, 2011, p. 140-142)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. TAXISTAS AUXILIARES TRANSFORMAÇÃO EM PERMISSIONÁRIOS. LEI MUNICIPAL. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DA SÚMULA 280/STF. ATO OMISSIVO DO ADMINISTRADOR PÚBLICO. PRAZO DECADENCIAL. INOCORRÊNCIA. 1. Não houve a alegada violação do art. 535, inc. II, do CPC. O acórdão combatido está claro e contém fundamentação coerente e suficiente para solver integralmente a controvérsia. Além do mais, não é permitida a esta Corte determinar que seja suprida alegada omissão pelo Tribunal de origem de dispositivo de lei local. 2. A priori, conforme jurisprudência desta Corte, não existe decadência para impetração de mandado de segurança contra ato omissivo, nesse caso entendendo-se como ato omissivo a não-realização, pela autoridade coatora, de atos bastantes para transformar motoristas de táxi auxiliares em permissionários de serviço público. 3. De fato, em se tratando de lei de efeitos concretos, o prazo decadencial para a impetração do mandado de segurança deve ser contado de sua publicação. Não obstante, para conferir a concretude do diploma normativo, seria necessária a análise de lei municipal. Incidente, por analogia, a Súmula n. 280/STF. 4. Mantenha-se o posicionamento proferido pela Instância ordinária de que não há prazo decadencial para impetrar o mandado de segurança contra ato omissivo. 5. Recurso especial a que se nega provimento." (REsp 970.310/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/09/2010, DJe 15/10/2010)

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 28ª. ed. Atlas. 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, São Paulo: Atlas. 2015.

DPDF/2013 - Discorra sobre a anulação e a convalidação do ato administrativo, apontando os vícios passíveis de convalidação.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

Entende-se por ato administrativo toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.

A anulação do ato administrativo é o desfazimento por razões de ilegalidade. A anulação pode ser feita pela Administração (de ofício ou por provocação) e pelo Judiciário, desde que este tenha sido provocado. O ato nulo não vincula as partes, mas pode produzir efeitos válidos em relação a terceiros de boa-fé. Importante destacar que a anulação por parte do Poder Público decorre da autotutela administrativa, isto é, o poder de revisão dos atos administrativos.

Há duas súmulas do STF que se amoldam ao caso, dispondo que a Administração Pública pode anular seus próprios atos e que a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

No Direito Civil, são duas as diferenças básicas entre a nulidade e a anulabilidade. A primeira é que a nulidade não admite convalidação. Na anulabilidade é possível ocorrer convalidação. A segunda diferença é que a nulidade pode ser decretada pelo de ofício ou mediante provocação pela parte ou pelo Ministério Público.

Já na situação de anulabilidade, esta só pode ser apreciada mediante provocação da parte interessada. A possibilidade de adaptar-se a teoria das nulidades civilistas ao Direito Administrativo provocou enorme controvérsia na doutrina, gerando, basicamente, duas correntes: os monistas e os dualistas. Para os monistas, é inaplicável ao Direito Administrativo a dicotomia das nulidades do Direito Civil, pois o ato administrativo será nulo ou válido. Já para os dualistas, os atos administrativos podem ser nulos ou anuláveis, de acordo com a maior ou menor gravidade do vício.

A diferença basilar entre nulidade e anulabilidade em Direito Administrativo baseia-se na possibilidade de convalidação. No ato absolutamente nulo, por uma visão mais clássica, seria impossível a convalidação, enquanto que nos atos anuláveis é possível que os mesmos sejam saneados pela Administração. Com o advento da Lei nº 9.784/99 foi positivada a teoria dualista, já que a referida lei admite expressamente a possibilidade de convalidação dos atos administrativos que apresentarem defeitos sanáveis.

Atualmente, a doutrina discute uma terceira hipótese de recomposição da ordem jurídica quando verificada a existência de vícios nos atos administrativos, que é a manutenção dos efeitos do ato (estabilização dos efeitos do ato). Na estabilização, o ato administrativo permanece como foi praticado, ou seja, ostentando um vício. Não há qualquer ação, seja da Administração, seja de algum particular interessado, no sentido de corrigir o vício que macula o ato. Entretanto, os efeitos por ele produzidos permanecem válidos, imunes a qualquer tentativa de desconstituí-los.

Se o interesse público maior for de que o princípio aplicável é o da segurança jurídica e não o da legalidade da Administração Pública, então a autoridade competente terá o dever (e não o poder) de não anular, porque se deu a sanatória do ato inválido, pela conjugação da boa-fé dos interessados com a tolerância da Administração e com o razoável lapso de tempo transcorrido. Deixando o ato de ser inválido, e dele havendo resultado benéfico e vantagens para os destinatários, não poderá ser mais anulado, porque falta o pressuposto de invalidade.

No tocante aos vícios passíveis de convalidação, são eles: quanto à competência; quanto à formalidade, entendida como a forma própria prevista em lei para a validade do ato; e quanto ao procedimento, desde que a convalidação não acarrete o desvio de finalidade, em razão da qual o procedimento foi inicialmente instaurado.

Para alguns, a convalidação pode representar uma afronta ao princípio da legalidade, partindo-se da premissa de que se a prática de ato administrativo não obedeceu rigorosamente todos os regramentos exigidos em lei, não haveria como o mesmo subsistir. Contudo,

há que se salientar que a legalidade estrita não coaduna com o atual Estado Constitucional de Direito, em que o sistema jurídico é orientado por princípios que devem harmonizar-se entre si. Não havendo, pois, hierarquia entre os princípios, não há como aplicar um deles em detrimento aos demais.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ANISTIADO POLÍTICO. PRESTAÇÃO MENSAL, PERMANENTE E CONTINUADA. REVISÃO DO ATO DE CONCESSÃO. PODER DE AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA. ART. 54, CAPUT E § 2º, DA LEI N.º 9.74/99. DECADÊNCIA. TRANSCURSO DE LAPSO TEMPORAL SUPERIOR AO QUINQUÍDIO LEGAL. 1. O art. 54, da Lei 9.784/99, ao disciplinar o processo administrativo, estabeleceu o prazo de cinco anos para que pudesse a Administração revogar os seus atos. 2. A despeito de a Administração Pública estar adstrita à observância do princípio da legalidade, por força do art. 37, da Constituição Federal, deve o poder público observar outros princípios, notadamente o da segurança jurídica, corolário do Estado Democrático de Direito, previsto no art. 1º da Constituição Federal. Precedente: (MS 9112/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, CORTE ESPECIAL, DJ 14/11/2005). 3. A antiga jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmava o entendimento de que os atos administrativos inválidos poderiam ser revistos pela autoridade administrativa em nome do princípio da legalidade, ao fundamento de que os atos eivados de vícios não poderiam produzir efeitos. Nessa linha de raciocínio é que foram editadas as Súmulas 346 e 473, do STF. 4. Com a edição da Lei n.º 9.784/99, a jurisprudência passou a reconhecer que a invalidação dos atos administrativos sujeita-se a prazo decadencial, por aplicação expressa do art. 54, que assim dispõe: Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé. § 1o No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento. § 2o Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato. 3. É que a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria idéia de justiça material. 4. In casu, a questão central reside no transcurso do prazo decadencial para a prática da Portaria n.º 523/2009, que pretende anular ato da Portaria n.º 1.336/2004, consubstanciado no reconhecimento do impetrante como anistiado político e, consequentemente, ao pagamento de prestação mensal, permanente e continuada em substituição à aposentadoria excepcional. 5. O primeiro pagamento da prestação mensal a que se pretende anular ocorreu em 02 de julho de 2004 (cf. doc. 07 - fl. 26) e a Portaria nº 523-MJ foi publicada no Diário Oficial da União em 24 de março de 2010, ou seja, após o quinquênio legal para a administração rever seus próprios atos, previsto no artigo 54, da Lei 9.784/99, o que pode-se concluir pela consumação da decadência administrativa. 6. Mandado de segurança concedido. (MS 15.330/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/12/2010, DJe 17/12/2010).

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 28ª. ed. Atlas. 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, São Paulo: Atlas. 2015.

DPDF/2013 - A Defensoria Pública do Distrito Federal, na defesa jurídica de um necessitado, ajuizou ação em face do Distrito Federal, objetivando remarcação de prova de aptidão física de determinado concurso público para data diversa da estabelecida no edital do certame. Alegou-se que o candidato teria tal direito em razão de doença temporária devidamente comprovada por atestado médico. Diante dessa situação hipotética, à luz do ordenamento jurídico brasileiro e da atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), discorra, de modo fundamentado, sobre os seguintes aspectos: a) possibilidade de remarcação da prova. b) princípios aplicáveis ao caso.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

O entendimento prevalente no STF é no sentido de que não é possível a remarcação de prova de aptidão física para data diversa da estabelecida em edital de concurso público em razão de circunstâncias pessoais de candidato. Isso vale ainda que a condição seja de caráter fisiológico, como doença temporária devidamente comprovada por atestado médico. Contudo, excepciona-se essa visão se houver disposição nesse sentido no edital do certame.

Não é razoável que a Administração fique à mercê de situações adversas para colocar fim ao certame, deixando o concurso em aberto por prazo indeterminado. Com sucessivas remarcações, o concurso não se encerraria na data prevista, uma vez que não seria possível fechar a lista dos aprovados. Além disso, se cada caso for isoladamente considerado, conferindo-se tratamento diferenciado a cada candidato que apresentar doença, a conclusão do processo seletivo poderia restar inviabilizada ou seriamente comprometida.

Em relação aos princípios, o STF entende que a possibilidade de remarcação sem a previsão editalícia macularia a economicidade, a eficiência, a impessoalidade e também a legalidade.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

Recurso extraordinário. 2. Remarcação de teste de aptidão física em concurso público em razão de problema temporário de saúde. 3. Vedação expressa em edital. Constitucionalidade. 4. Violação ao princípio da isonomia. Não ocorrência. Postulado do qual não decorre, de plano, a possibilidade de realização de segunda chamada em etapa de concurso público em virtude de situações pessoais do candidato. Cláusula editalícia que confere eficácia ao princípio da isonomia à luz dos postulados da impessoalidade e da supremacia do interesse público. 5. Inexistência de direito constitucional à remarcação de provas em razão de circunstâncias pessoais dos candidatos. 6. Segurança jurídica. Validade das provas de segunda chamada realizadas até a data da conclusão do julgamento. 7. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (RE 630733, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 15/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-228 DIVULG 19-11-2013 PUBLIC 20-11-2013)

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 28ª. ed. Atlas. 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, São Paulo: Atlas. 2015.

DIREITO CIVIL

DPDF/2013 - Discorra sobre a utilização de usucapião como instrumento de defesa em ações petitórias e possessórias.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

Já houve muita controvérsia a respeito do cabimento (ou não) de usucapião como instrumento de defesa. Entretanto, o STF, ao editar a Súmula nº 237, fixou a premissa de que é admissível o manejo de usucapião neste sentido, considerando a amplitude de defesa assegurada constitucionalmente. Esta é a origem da chamada exceção de usucapião.

Por tal instrumento, aquele que é demandado em uma ação possessória ou petitória, por exemplo, pode alegar como defesa o direito à usucapião, caso demonstre todos os requisitos necessários para tal.

Usucapião, de uma maneira geral, define-se como o modo de aquisição da propriedade de bens móveis ou imóveis pelo exercício da posse, nos prazos previamente estabelecidos em lei. Na exceção é preciso dizer que o réu exerce as funções do autor, cabendo ao excipiente a prova do alegado. Os requisitos a serem preenchidos, por aquele que deseja lograr êxito na utilização deste instrumento de defesa, dependem da modalidade de usucapião que se sustente gozar. São elas: i) usucapião especial urbana; ii) usucapião especial rural; iii) usucapião ordinária; iv) usucapião extraordinária (com ou sem prazo reduzido); e v) usucapião coletiva.

São requisitos comuns às modalidades de usucapião: posse contínua, mansa e pacífica, com "animus domini", coisa hábil e o lapso temporal previsto em lei. Não esquecendo que o direito de usucapião só é concedido uma única vez (arts. 1240, §2º, do CC).

Entende-se por usucapião extraordinária aquela prevista no art. 1.238, caput, do CC, cujo prazo para aquisição da propriedade é de 15 anos. Reduz-se esse período para 10 anos, nos termos do parágrafo único do aludido dispositivo, se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo. Importante aduzir que, em ambos os casos, a aquisição por usucapião independerá de título ou boa-fé.

Já a usucapião ordinária é prevista no art. 1.242 do CC, dispondo que adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.

Nestas hipóteses (de usucapião ordinária e extraordinária), a sentença que acolhe a exceção não detém aptidão para que seja levada a registro no cartório, constituindo, de imediato, o direto à propriedade do excipiente.

A doutrina, de um modo geral, elenca como fundamento para isso: 1) o fato de possuir a usucapião um rito especial e, por consequência, estabelecer exigências próprias e inafastáveis (tais como citação dos confinantes, citação por edital dos interessados desconhecidos, notificação dos representantes do Ministério Público e das Fazendas Públicas da União, do Estado e do Município); e 2) a apresentação da exceção de usucapião não possui o poder de ampliar a demanda, tampouco os limites subjetivos da coisa julgada com efeitos apenas interpartes.

A decisão de improcedência serviria, unicamente, como prova para eventual ação autônoma de usucapião ajuizada pelos excipientes. Já a Lei nº 6.969/81 (art. 7º) e a Lei nº 10.257/01 (art. 13) preveem, expressamente, a possibilidade de registro da sentença que acolhe a exceção de usucapião.

A usucapião especial urbana foi prevista na CRFB (art. 183) e em outras duas normas: art. 1.240 do CC e art. 9º e ss. da Lei nº 10.257/01, que reproduzem o disposto na CRFB. Há, inclusive, previsão para que possa ser arguida em sede de defesa (art. 13 do Estatuto das cidades).

De uma leitura mais acurada dos mencionados dispositivos e seus parágrafos, chega-se à conclusão de serem requisitos para a configuração da usucapião especial urbana: 1) a posse mansa e pacífica por cinco anos sobre imóvel cuja extensão não ultrapasse duzentos e cinquenta metros quadrados; 2) que o possuidor esteja imbuído do animus domini; 3) não disponha de nenhum outro imóvel rural ou urbano; e 4) que seja o imóvel utilizado para a moradia do possuidor, sendo dispensada a boa-fé e o justo título.

A usucapião coletiva também é prevista no Estatuto das Cidades (art. 10) e dispõe que as áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

A usucapião especial rural é regulamentada pela Lei nº 6.969/81, recepcionada pela CRFB naquilo que for materialmente compatível. Pelo art. 191 da CRFB, a configuração da usucapião especial rural depende: 1) posse mansa e pacífica, prolongada pelo período de cinco anos; 2) o animus domini; 3) estar o imóvel situado em área rural, não podendo ter dimensão superior a cinquenta hectares; e 4) ser o único imóvel do possuidor, que deve utilizá-lo para sua moradia e de sua família, tornando-o produtivo. Dispensa-se a boa-fé e o justo título.

Portanto, atendidas os requisitos legais específicos, é admissível arguir a usucapião como matéria de defesa (sumula nº 23 do STF), enquanto "exceção" e, nas modalidades de usucapião especial rural, urbana e coletiva, por expressa determinação das Leis nº 6.969/81 (art. 7º) e nº 10.257/2001 (art. 13).

Destaque-se que a jurisprudência vem admitindo o imediato registro da sentença que acolheu esta defesa em cartório de imóveis. Nos casos de usucapião ordinária e extraordinária, a sentença que eventualmente acolha a exceção, por não haver ressalva legal, não tem o condão ser levada a registro, cabendo ao excipiente utilizá-la como prova para subsidiar a propositura de ação autônoma, a fim de que fique constituído o direito a pro-

priedade em seu favor – observando todos os trâmites específicos que envolvem as ações possessórias e petitórias.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. USUCAPIÃO SUSCITADA EM DEFESA. AÇÃO POSSESSÓRIA JULGADA IMPROCEDENTE. PRESCRIÇÃO AQUISITIVA. EFEITO INTERRUPTIVO. AUSÊNCIA. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS INTEGRANTES DA SEGUNDA SEÇÃO. 1. Segundo a jurisprudência dominante desta Corte, a citação promovida em ação possessória julgada improcedente não interrompe o prazo para a aquisição da propriedade pela usucapião. 2. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no REsp: 944661 MG 2007/0088902-4, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 13/08/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/08/2013)

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

ROSENVALD, Nelson. Direitos Reais. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito das Coisas. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DPDF/2013 - Discorra sobre a aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance em caso de erro médico

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

A "teoria da perda de uma chance" (perte d'une chance), inspirada na doutrina francesa, é aplicável quando o ato ilícito resultar na perda da oportunidade de alcançar uma situação futura melhor, sendo preciso, ademais, que se trate de uma chance real e séria, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada.

Assim, para efeitos de aplicação desta teoria, não basta que a pessoa perca uma oportunidade eventual, remota e aleatória. É necessário que o dano seja certo e atual e concreto.

Na orientação jurisprudencial do STJ, no caso específico de erro médico, a teoria da perda de uma chance pode ser utilizada como critério para a apuração de responsabilidade civil ocasionada na hipótese em que o equívoco tenha reduzido as possibilidades concretas e reais de cura de paciente que venha a falecer em razão da doença tratada de maneira inadequada.

Depreende-se que há um requisito específico para a responsabilização civil na modalidade "perda de uma chance". Exige-se prova no sentido de que o profissional de saúde, mediante erro, promoveu um tratamento inadequado que, caso fosse feito da maneira correta, evitaria a morte de quem sofreu o dano (o paciente, no caso).

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. PRESSUPOSTOS INDENIZATÓRIOS. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 159 DO CÓDIGO CIVIL. DANO MATERIAL HIPOTÉTICO. IMPOSSIBILIDADE. DANO MORAL. ACÓRDÃO A QUO BASEADO NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. REVISÃO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA Nº 07/STJ. 1. Cuida-se, na origem, de ação ordinária por meio da qual pretende o agravante ser indenizado pela União, em face dos danos materiais e morais sofridos em decorrência da sua reprovação no exame psicotécnico, com a consequente exclusão no concurso público destinado ao provimento de vagas para o cargo de Policial Rodoviário Federal. 2. O agravante logrou aprovação apenas na prova de conhecimento. Dessarte, ficaram pendentes as quatro fases seguintes da primeira etapa, compreendendo os seguintes exames: psicotécnico (considerando a inexistência de resultado válido), médicos, capacidade física e motricidade; e, ainda, a segunda etapa, de caráter eliminatório - Curso de Formação. 3. A pretensão não encontra amparo na "teoria da perda de uma chance" (perte d'une chance) pois, ainda que seja aplicável quando o ato ilícito resulte na perda da oportunidade de alcançar uma situação futura melhor, é preciso, na lição de Sérgio Cavalieri Filho, que: "se trate de uma chance real e séria, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada" (Programa de Responsabilidade Civil, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 92). 4. Ademais, não se admite a alegação de prejuízo que elida um bem hipotético, como na espécie dos autos, em que não há meios de aferir a probabilidade do agravante em ser não apenas aprovado, mas também classificado dentro das 30 (trinta) vagas destinadas no Edital à jurisdição para a qual concorreu, levando ainda em consideração o nível de dificuldade inerente aos concursos públicos e o número de candidatos inscritos. 5. De mais a mais, o próprio autor afirma que não pretendia a investidura no cargo de Policial Rodoviário Federal, em face da sua nomeação para o de Procurador Federal. A pretensão não encontra guarida na teoria da perda de uma chance, RELACIONADA somente "nos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor, como progredir na carreira artística ou no trabalho, arrumar um novo emprego" (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., pp. 91-92), dentre outras. 6. Indevida indenização por dano moral, à míngua de efetiva comprovação, eis que o reexame dos aspectos de fato que lastreiam o processo, bem como sobre os elementos de prova e de convicção, encontra óbice no enunciado da Súmula 7/STJ, pois não há nos autos informação que justifique a condenação nessa verba. 7. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no REsp: 1220911 RS 2010/0208503-0, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 17/03/2011, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/03/2011)

DPDF/2013 - Discorra sobre o direito aos alimentos no âmbito do direito civil brasileiro, diferenciando suas espécies quanto à origem (legítimo ou de família, voluntário e ressarcitório). Discorra, ainda, em relação aos alimentos decorrentes do direito de família, sobre o conceito e a possibilidade dos alimentos gravídicos no ordenamento jurídico pátrio.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

Alimentos, segundo a melhor doutrina, podem ser definidos como as prestações devidas feitas para que quem os recebe possa subsistir, isto é, manter sua existência, realizar o

direito à vida física (sustento do corpo) e intelectual/moral (cultivo e educação do espírito, do ser racional). Abrange o sustento, vestuário e habitação, além de poder ser uma prestação pecuniária ou in natura. Importante frisar que a prestação não pecuniária, autorizada pelo juiz, só vale se a ela anuir o alimentado capaz, nos termos do art. 25 da Lei nº **5.478**/*68.*

Quanto à origem, os alimentos podem ser de vários tipos. Os legítimos, previstos no art. 1694 e seguintes do Código Civil, ocorrem quando a obrigação decorre de laços familiares advindos de casamento ou união estável, respeitando, em todo caso, o binômio possibilidade/necessidade em relação ao devedor (art. 1694, §1º, do CC). Admite-se, inclusive, a prisão civil como forma de coerção para que ocorra o pagamento.

Os alimentos voluntários são aqueles oriundos de um ato espontâneo de quem é obrigado a prestá-los. Pode ser tido como uma relação contratual, correlacionado ao direito das obrigações. Pode ser celebrado inter vivos (mediante a lavratura de um instrumento contratual) ou por causa mortis (por disposição testamentária).

Os alimentos ressarcitórios e indenizatórios são oriundos de uma sentença condenatória transitada em julgado em matéria de responsabilidade civil. Cuida-se, neste caso, de uma prestação de cunho indenizatório em razão de um ato ilícito praticado pelo devedor a outrem.

No que toca aos alimentos gravídicos, já houve bastante controvérsia a respeito da (im)possibilidade de o nascituro ser legítimo para receber alimentos. Contudo, a edição da Lei nº 11.804/08 (lei de alimentos gravídicos) reconheceu o direito fundamental do nascituro de possuir uma gestação saudável, estabelecendo parâmetros para o exercício e gozo do direito de alimentos da mulher gestante.

Eles correspondem aos valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes à alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes (art. 2º da Lei nº 11.804/08). Os alimentos gravídicos perduram até o nascimento da criança, quando, então, serão convertido em pensão alimentícia. Admite-se a sua revisão por quaisquer das partes.

A ação que reclama alimentos do devedor é classificada como sendo de rito especial, dispondo de disciplina específica dada pela própria Lei de Alimentos (Lei nº **5.478**/*68). Além disso, os alimentos gravídicos constituem um crédito personalíssimo e periódico (de trato sucessivo), sendo intransmissíveis, impenhoráveis, irrenunciáveis e insuscetíveis de cessão (art. 1.707 do CC/02). Contudo, admitem ação revisional do valor pago pelo devedor (para majorá-lo ou minorá-lo), nos termos do art. 1699 do CC. Quanto à prescritibilidade destas prestações, impõe-se ressaltar que a prescrição de dois anos referida no art. 206, §2º, do Código Civil só alcança as prestações mensais, e não o direito aos alimentos em si, sendo possível demandar as prestações devidas e não pagas neste interregno temporal de dois anos (art. 23 da Lei nº* **5.478**/*68).*

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

CAHALI, Yussef Said. Dos alimentos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. vol. VI, ed. São Paulo : Saraiva, 2012.

DPDF/2013 - Discorra sobre o dolo em relação aos defeitos do negócio jurídico, esclarecendo se é possível a compensação de dolos de espécies diferentes.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

De maneira geral, a doutrina define como dolo o erro provocado pela parte ou por terceiro. Seria o artifício malicioso empregado por uma das partes ou por terceiro com o propósito de prejudicar outrem quando da celebração do negócio jurídico, fruto de uma atitude consciente e voluntária empreendida com a má-fé de algum (ou ambos) os envolvidos no negócio. Encontra previsão legal, alocado topograficamente no capítulo IV (dos defeitos dos negócios jurídicos), constituindo causa de anulabilidade do negócio (art. 171, II, do CC), em razão de ocasionar vício na autonomia privada da vontade do agente capaz que firmou a avença em questão.

Existem diversas modalidades de dolo. O primeiro deles é o dolo principal, previsto no art. 145 do CC. Consiste naquele dolo que dá causa ao negócio jurídico, sem o qual a celebração não teria acontecido, sendo o ardil o motivo determinante da declaração de vontade. O dolo acidental, previsto no art. 146 do CC, acontece quando, a despeito dele, o negócio seria celebrado de qualquer forma. Só obriga à satisfação por perdas e danos, não acarretando a anulação do negócio jurídico.

O dolo de terceiro, previsto no art. 148 do CC, é aquele praticado por um sujeito fora da eficácia direta do negócio. Pode acarretar duas consequências: a) se a parte que se beneficiou da consumação do dolo tinha ou deveria ter consciência do artifício empreendido pelo terceiro, poderá haver anulação do negócio; ou b) se nenhuma das partes estiver a par do dolo, o terceiro ficará apenas obrigado a reparar as perdas e danos decorrentes do seu ato.

O dolo bilateral, configurado no art. 150 do CC, ocorre quando ambas as partes agem no afã de obter, ilicitamente, uma vantagem em relação à outra. Caso ocorra, nenhum delas pode alegar o dolo para anular o negócio ou reclamar indenização. O dolo do representante, previsto no art. 149 do CC, não pode ser tomado como dolo de terceiro, já que o sujeito age em nome da própria parte. Nestes casos, fica obrigado o representante a responder civilmente pelo que lucrou indevidamente, através da artimanha empregada, a fim de se evitar o enriquecimento ilícito.

O dolo pode ser omissivo (inobservância do dever de prestar informações e, portanto, da boa-fé objetiva) ou comissivo, e deve ser arguido no lapso decadencial de quatro anos, conforme o art. 178, II, do CC, contados da data em que foi feita a celebração.

Quanto à possibilidade de compensação de dolos que possuem natureza distinta, parte da doutrina entende que ela é possível (como é caso do dolo bilateral), haja vista

que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza, cujas consequências estão previstas no art. 150 do CC. Outra parte da doutrina entende que, mesmo nos casos de dolo bilateral, o que há não é propriamente uma compensação, mas uma situação de indiferença, que deve ser tratada pelo judiciário com a punição de impossibilidade de anulação do negócio ou reclamação de indenização.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

GONÇALVES, C. R. Direito Civil Brasileiro: Parte Geral. Ed. Ver. e Atual: Saraiva 2013;

VENOSA, S. de S. Comentários Direito Civil, Parte Geral. Ed. São Paulo: Atlas, 2010;

DPDF/2013 - Considere que um indivíduo, preso em flagrante pela suposta prática do crime de furto, tenha sido encaminhado à delegacia e, lá, sem o seu consentimento, tenha sido submetido a entrevista a uma emissora de televisão. Em face dessa situação hipotética, responda, com fundamento na jurisprudência do STJ, aos seguintes questionamentos. a) A ofensa ao direito à imagem materializa-se com a mera utilização da imagem, de forma a individualizar a pessoa, ainda que não tenha caráter vexatório ou não viole a honra ou a intimidade da pessoa? b)Para gerar a obrigação de reparação decorrente do uso indevido do direito personalíssimo de imagem, faz-se necessária a prova da existência de prejuízo ou dano?

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

De acordo com o entendimento do STJ, os danos extrapatrimoniais por violação ao direito de imagem decorrem diretamente do seu próprio uso indevido, sendo prescindível a comprovação da existência de outros prejuízos por se tratar de modalidade de dano "in re ipsa". Portanto, a publicidade que divulgar, sem autorização, qualidades inerentes a determinada pessoa, ainda que sem mencionar seu nome, mas sendo capaz de identificá-la, constitui violação a direito da personalidade e passível de gerar dano a ser reparado.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. DANO À IMAGEM. DIREITO À INFORMAÇÃO. VALORES SOPESADOS. OFENSA AO DIREITO À IMAGEM. REPARAÇÃODO DANO DEVIDA. REDUÇÃO DO QUANTUM REPARATÓRIO. VALOR EXORBITANTE.RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A ofensa ao direito à imagem materializa-se com a mera utilização da imagem sem autorização, ainda que não tenha caráter vexatório ou que não viole a honra ou a intimidade da pessoa, e desde que o conteúdo exibido seja capaz de individualizar o ofendido. 2. Na hipótese, não obstante o direito de informação da empresa de comunicação e o perceptível caráter de interesse público do quadro retratado no programa televisivo, está clara a ofensa ao direito à imagem do recorrido, pela utilização econômica desta, sem a proteção dos recursos de editoração de voz e de imagem para ocultar a pessoa,evitando-se a perfeita identificação do entrevistado, à revelia de autorização expressa deste, o que constitui ato ilícito indenizável. 3. A obrigação de reparação decorre do próprio

uso indevido do direito personalíssimo, não sendo devido exigir-se a prova da existência de prejuízo ou dano. O dano é a própria utilização indevida da imagem. 4. Mesmo sem perder de vista a notória capacidade econômico-financeira da causadora do dano moral, a compensação devida, na espécie, deve ser arbitrada com moderação, observando-se a razoabilidade e a proporcionalidade, de modo a não ensejar enriquecimento sem causa para o ofendido. Cabe a reavaliação do montante arbitrado nesta ação de reparação de dano moral pelo uso indevido de imagem, porque caracterizada a exorbitância da importância fixada pelas instâncias ordinárias. As circunstâncias do caso não justificam a fixação do quantum reparatório em patamar especialmente elevado, pois o quadro veiculado nem sequer dizia respeito diretamente ao recorrido, não tratava de retratar os serviços técnicos por este desenvolvidos, sendo o promovente da ação apenas um dos profissionais consultados aleatoriamente pela suposta consumidora. 5. Nesse contexto, reduz-se o valor da compensação. 6. Recurso especial parcialmente provido. (STJ - REsp: 794586 RJ 2005/0183443-0, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 15/03/2012, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/03/2012).

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

TARTUCE. Flávio. Manual de Direito Civil. 6ª. ed. 2016.Método.

DPDF/2013 - Defina alienação parental, no âmbito do direito de família brasileiro, e discorra sobre o modo de processamento da ação correspondente e sobre as consequências jurídicas da caracterização desse ato para ambos os cônjuges.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

Entende-se por alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou adolescente, promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a autoridade, guarda ou vigilância, para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. A Lei nº 12.318/10 dispôs sobre vários aspectos da alienação parental.

Como exemplo de alienação parental, temos a campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade; o impedimento para o pai/mãe não-guardião(ã) de obter informações médicas ou escolares dos filhos; a criação de obstáculos à convivência da criança com o pai/mãe não-guardião(ã) e familiares deste(a); a apresentação de falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar sua convivência com a criança ou adolescente, ou mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Frise-se que a prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança

ou o adolescente e mostra o descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

No tocante ao processamento da ação, declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso. Além disso, havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial.

Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso, adotar uma séria de medidas.

A lei da alienação parental menciona algumas dessas medidas, tais como: declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador; ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; estipular multa ao alienador; determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial; determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão; determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; ou declarar a suspensão da autoridade parental.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE ALIENAÇÃO PARENTAL. RECURSO CABÍVEL PARA IMPUGNAR A DECISÃO PROFERIDA. EXISTÊNCIA DE ERRO GROSSEIRO. FUNGIBILIDADE INAPLICÁVEL. ARTS. ANALISADOS: 162, §§ 1º E 2º, 522, CPC. 1. Incidente de alienação parental, instaurado no bojo de ação de reconhecimento e dissolução de união estável distribuída em 2010, da qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 02/05/2012. 2. Discute-se o recurso cabível para impugnar decisão que, no curso de ação de reconhecimento e dissolução de união estável, declara, incidentalmente, a prática de alienação parental. 3. A Lei 12.318/2010 prevê que o reconhecimento da alienação parental pode se dar em ação autônoma ou incidentalmente, sem especificar, no entanto, o recurso cabível, impondo, neste aspecto, a aplicação das regras do CPC. 4. O ato judicial que resolve, incidentalmente, a questão da alienação parental tem natureza de decisão interlocutória (§ 2º do art. 162 do CPC); em consequência, o recurso cabível para impugná-lo é o agravo (art. 522 do CPC). Se a questão, todavia, for resolvida na própria sentença, ou se for objeto de ação autônoma, o meio de impugnação idôneo será a apelação, porque, nesses casos, a decisão encerrará a etapa cognitiva do processo na primeira instância. 5. No tocante à fungibilidade recursal, não se admite a interposição de um recurso por outro se a dúvida decorrer única e exclusivamente da interpretação feita pelo próprio recorrente do texto legal, ou seja, se tratar de uma dúvida de caráter subjetivo. 6. No particular, a despeito de a

Lei 12.318/2010 não indicar, expressamente, o recurso cabível contra a decisão proferida em incidente de alienação parental, o CPC o faz, revelando-se subjetiva - e não objetiva - a dúvida suscitada pela recorrente, tanto que não demonstrou haver qualquer divergência jurisprudencial e/ou doutrinária sobre o tema. 7. Recurso especial conhecido e desprovido. (STJ - REsp: 1330172 MS 2012/0061580-6, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 11/03/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/03/2014)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. OMISSÃO. CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA. AÇÃO PROPOSTA ONDE O DETENTOR DA GUARDA NÃO MAIS TEM DOMICÍLIO. ENVIO DOS AUTOS PARA O JUÍZO COMPETENTE. INEXISTÊNCIA DE CONFLITO. 1. Consoante se verifica das informações prestadas pelos Juízos suscitados, não há discrepância de entendimento acerca da competência para julgamento da ação de modificação de guarda, não restando configurada qualquer das hipóteses do art. 115 do Código de Processo Civil. 2. No caso, tendo a detentora da guarda se mudado para outra comarca, a propositura da ação de modificação de guarda, ajuizada pelo pai nesse mesmo período, lá deveria ter se dado, consoante entenderam os Juízos suscitados. Não se trata de mudança de endereço depois de proposta a ação e efetivada a citação. Incidência do art. 147, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente. 3. Os conflitos de competência apontados pelo embargante como representativos da jurisprudência desta egrégia Corte, tratam, na realidade, de hipóteses excepcionais, em que fica clara a existência de alienação parental em razão de sucessivas mudanças de endereço da mãe com o intuito exclusivo de deslocar artificialmente o feito, o que não ocorre nos autos. 4. Desta forma, ausente qualquer equívoco manifesto no julgado, tampouco se subsumindo a irresignação em análise a alguma das hipóteses do art. 535 do CPC, não merece ressonância a insurgência em questão. 5. Embargos de declaração rejeitados. (STJ - EDcl no CC: 108689 PE 2009/0214953-5, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 30/01/2010, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 18/11/2010)

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:
TARTUCE. Flávio. Manual de Direito Civil. 6ª. ed. 2016.Método.

DIREITO CONSTITUCIONAL

DPDF/2013 - Identifique as três fases básicas do processo legislativo ordinário ou comum, explicitando as diversas etapas em que se desdobram e o significado de cada uma dessas etapas.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

Doutrinariamente, o processo legislativo é dividido em algumas fases. Há a fase preliminar, que corresponde à iniciativa ou propositura; há a fase constitutiva, que corresponde à discussão, à votação e à sanção ou o veto (jurídico ou político); e há a fase complementar, que corresponde à promulgação e à publicação.

Importante destacar que a segunda fase, constitutiva, é o período no qual pretende-se culminar na existência da lei. Por sua vez, a terceira fase tem por escopo dar eficácia a uma lei já existente.

Diante disso, é possível afirmar que o procedimento comum ordinário compõe-se de três fases básicas: fase pré-parlamentar/preliminar/iniciativa; fase constitutiva (a lei é produzida pela conjugação da deliberação do Legislativo e do Executivo); e fase complementar (confere eficácia a uma lei já existente com a promulgação e publicação).

No tocante à iniciativa, ela é o ato que inicia a tramitação do projeto de lei, deflagrando o processo legislativo. A discussão é o momento no qual o projeto de lei é encaminhado para que o Poder Legislativo possa apreciá-lo, analisá-lo (podendo sofrer emendas e receber os pareceres das comissões). A votação, realizada, em regra pelo, plenário, constitui a decisão parlamentar acerca da rejeição ou aprovação do projeto de lei. E, finalizando a fase constitutiva, há a sanção ou veto, através do qual o chefe do Executivo Federal concorda ou discorda com algum ou com todos os termos do projeto de lei.

Finalizando o processo legislativo, há a promulgação, ou seja, a declaração de que a ordem jurídica foi inovada. Por sua vez, a publicação é a divulgação oficial do conteúdo da lei, tornando-a eficaz.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

MENDES. Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 11. ed. 2016. Saraiva.

DPDF/2013 - Discorra sobre o processo de criação das comissões parlamentares de inquérito, indicando os requisitos constitucionais para a sua proposição.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

As comissões parlamentares de inquérito, com previsão no art. 58, §3º, da CRFB, possuem poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas Legislativas. Elas podem ser criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

No caso de comissão parlamentar mista de inquérito (CPMI), é necessária a subscrição de um terço do total de membros da outra Casa e será composta por igual número de membros das duas Casas legislativas.

As CPIs e CPMIs destinam-se a investigar fato de relevante interesse para a vida pública e para a ordem constitucional, legal, econômica ou social do País. Detêm poderes de investigação equiparados aos das autoridades judiciais, tais como determinar diligências,

ouvir indiciados, inquirir testemunhas, requisitar de órgãos e entidades da administração pública informações e documentos, requerer a audiência de Deputados e Ministros de Estado, tomar depoimentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como requisitar os serviços de quaisquer autoridades, inclusive policiais.

Além disso, essas comissões podem deslocar-se a qualquer ponto do território nacional para a realização de investigações e audiências públicas e estipular prazo para o atendimento de qualquer providência ou realização de diligência sob as penas da lei, exceto quando da alçada de autoridade judiciária.

Importante destacar que, além da função contramajoritária fiscalizatória do Poder Executivo, as CPIs figuram como instrumento essencial das atividades parlamentares como um todo, na medida em que objetivam reunir dados e informações para o exercício das funções constitucionais conferidas ao Parlamento.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

"(...) além da função contramajoritária fiscalizatória do Poder Executivo, reiteradamente assentada por esta Corte, as CPI's figuram como instrumento essencial das atividades parlamentares como um todo, na medida em que objetivam 'reunir dados e informações para o exercício das funções constitucionais conferidas ao Parlamento' (FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Conflito entre poderes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 174), de forma que viabilizam a atividade parlamentar em sua plenitude. Em outras palavras, incumbe às Comissões em apreço não apenas as atividades de fiscalização. As CPI's também têm como horizonte instrumentalizar a atividade legiferante do Parlamento, a avaliação da conveniência de alocação de recursos e de financiamento de políticas públicas, etc. Nesse cenário, é natural que se confira às CPI's ampla autonomia para o exercício do relevante múnus. (...) Há, portanto, espaço para que o Parlamento se movimente com certa discricionariedade nos quadrantes das diversas possíveis linhas investigativas a serem traçadas. (...) o âmbito de atuação da CPI deve ser compreendido não apenas a partir do destinatário subjetivo da apuração, mas, sobretudo, do âmbito material de investigação à luz das funções essenciais conferidas pela Constituição Federal ao Congresso Nacional. (...) Como se nota, atos praticados na esfera privada não são imunes à investigação parlamentar, desde que evidenciada a presença de interesse público potencial em tal proceder. Sendo assim, mais que sustentáculo da responsabilização civil ou criminal, a apuração empreendida no contexto das CPI's deve guardar relação instrumental com o conjunto das atividades parlamentares. Ou seja, o que deve ser perquirido, portanto, é a existência potencial de interesse público no objeto de investigação, sob a perspectiva das competências, no caso concreto, do Senado Federal. (...) Sendo assim, considerando que os fatos apurados têm abrangência nacional, relacionam-se ao futebol, esporte de inegável predileção nacional (nas palavras de NELSON RODRIGUES, 'o Brasil é a pátria das chuteiras'), e reconhecendo que o tema está inserido nas competências legislativas do Congresso Nacional (desporte e lazer como instrumentos de promoção social), não verifico que a investigação incorra em devassa desprovida de interesse público ou que desborde da competência constitucional das CPI's. (...) Mesmo que se admita que o impetrante não figure como investigado formal, diante da condição de alto dirigente da CBF, ao que parece, encontra-se em situação de íntima ligação aos fatos em apuração, de forma

que sua focalização como alvo não escapa dos limites do fato que motivou a constituição da comissão. Ora, se o objetivo da Comissão é investigar atos praticados pela CBF, é natural, e até inevitável, que a apuração recaia também sobre seus altos dirigentes, notadamente do impetrante. Além disso, segundo a jurisprudência deste Supremo, a CPI 'não está impedida de investigar fatos que se ligam, intimamente, com o fato principal' (HC 71231, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/1994)." (MS 33.751, voto do rel. p/o ac. min. Edson Fachin, julgamento em 9-12-2015, Segunda Turma, DJE de 31-3-2016.)

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

MENDES. Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 11. ed. 2016. Saraiva.

DPDF/2013 - À luz do disposto na Constituição Federal, discorra sobre a natureza e a autonomia do Distrito Federal, no contexto da Federação brasileira, sobretudo ao se comparar este último com os estados-membros.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

Importante destacar que o Distrito Federal é um ente da Federação peculiar, pois possui um caráter híbrido, isto é, abrange competências estaduais e municipais. Porém, no somatório das competências, ele possui uma maior proximidade com os Estados. Tanto é assim que o STF entende que a Lei Orgânica do Distrito Federal tem força e autoridade equivalentes a um verdadeiro estatuto constitucional, podendo ser equiparada às Constituições promulgadas pelos Estados-Membros.

O Distrito Federal é uma unidade federativa de compostura singular, dado que, além do acima citado, algumas de suas instituições elementares são organizadas e mantidas pela União; os serviços públicos a cuja prestação está jungido são financiados, em parte, pela mesma pessoa federada central, que é a União.

Logo, depreende-se que a União manterá o Judiciário e o Ministério Público do Distrito Federal (que corresponde ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, integrante do Ministério Público da União), a Polícia Civil, a Polícia Militar e o Corpo de Bombeiros Militar, além de haver um fundo destinado ao DF. Destaque-se que com a Emenda Constitucional nº 69/12, a Defensoria Público do DF passou a ser custeada pelo próprio DF, e não mais pela União.

Como dito, embora submetido a regime constitucional diferenciado, o Distrito Federal está bem mais próximo da estruturação dos Estados-membros do que da arquitetura constitucional dos Municípios. Isto ocorre porque, ao tratar da competência concorrente, a CRFB colocou o Distrito Federal em pé de igualdade com os Estados e a União; ao versar o tema da intervenção, a Constituição dispôs que a União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, reservando para os Municípios um artigo em específico; o Distrito Federal tem os três orgânicos Poderes estatais; a Constituição tratou de maneira uniforme os Esta-

dos-membros e o Distrito Federal quanto ao número de deputados distritais, à duração dos respectivos mandatos, aos subsídios dos parlamentares, etc; no tocante à legitimação para propositura de ação direta de inconstitucionalidade perante o STF, a CRFB dispensou à Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal o mesmo tratamento dado às Assembleias Legislativas estaduais; no modelo constitucional brasileiro, o Distrito Federal se coloca ao lado dos Estados-membros para compor a pessoa jurídica da União.

Além disso, a LC 101/2000 conferiu ao Distrito Federal um tratamento com a sua peculiar e favorecida situação tributária e financeira, já que desfruta de fontes cumulativas de receitas tributárias, na medida em que adiciona às arrecadações próprias dos Estados aquelas que timbram o perfil constitucional dos Municípios.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

"(...) Lei Orgânica do Distrito Federal. (...) A Lei Orgânica tem força e autoridade equivalentes a um verdadeiro estatuto constitucional, podendo ser equiparada às Constituições promulgadas pelos Estados-Membros, como assentado no julgamento que deferiu a medida cautelar nesta ação direta." (ADI 980, rel. min. Menezes Direito, julgamento em 6-3-2008, Plenário, DJE de 1-8-2008.)

"O Distrito Federal é uma unidade federativa de compostura singular, dado que: a) desfruta de competências que são próprias dos Estados e dos Municípios, cumulativamente (art. 32, § 1°, CF); b) algumas de suas instituições elementares são organizadas e mantidas pela União (art. 21, XIII e XIV, CF); c) os serviços públicos a cuja prestação está jungido são financiados, em parte, pela mesma pessoa federada central, que é a União (art. 21, XIV, parte final, CF). Conquanto submetido a regime constitucional diferenciado, o Distrito Federal está bem mais próximo da estruturação dos Estados-membros do que da arquitetura constitucional dos Municípios. Isto porque: a) ao tratar da competência concorrente, a Lei Maior colocou o Distrito Federal em pé de igualdade com os Estados e a União (art. 24); b) ao versar o tema da intervenção, a Constituição dispôs que a 'União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal' (art. 34), reservando para os Municípios um artigo em apartado (art. 35); c) o Distrito Federal tem, em plenitude, os três orgânicos Poderes estatais, ao passo que os Municípios somente dois (inciso I do art. 29); d) a Constituição tratou de maneira uniforme os Estados-membros e o Distrito Federal quanto ao número de deputados distritais, à duração dos respectivos mandatos, aos subsídios dos parlamentares, etc. (§ 3º do art. 32); e) no tocante à legitimação para propositura de ação direta de inconstitucionalidade perante o STF, a Magna Carta dispensou à Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal o mesmo tratamento dado às Assembleias Legislativas estaduais (inciso IV do art. 103); f) no modelo constitucional brasileiro, o Distrito Federal se coloca ao lado dos Estados-membros para compor a pessoa jurídica da União; g) tanto os Estados-membros como o Distrito Federal participam da formação da vontade legislativa da União (arts. 45 e 46). A LC 101/2000 conferiu ao Distrito Federal um tratamento rimado com a sua peculiar e favorecida situação tributário-financeira, porquanto desfruta de fontes cumulativas de receitas tributárias, na medida em que adiciona às arrecadações próprias dos Estados aquelas que timbram o perfil constitucional dos Municípios. Razoável é o critério de que se valeram os dispositivos legais agora questionados. Se irrazoabilidade houvesse, ela estaria em igualar o Distrito

Federal aos Municípios, visto que o primeiro é, superlativamente, aquinhoado com receitas tributárias. Ademais, goza do favor constitucional de não custear seus órgãos judiciário e ministerial público, tanto quanto a sua Defensoria Pública, Polícias Civil e Militar e ainda seu Corpo de Bombeiros Militar." (ADI 3.756, rel. min. Ayres Britto, julgamento em 21-6-2007, Plenário, DJ de 19-10-2007.)

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

MENDES. Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 11. ed. 2016. Saraiva.

DPDF/2013 - Considerando os princípios de interpretação constitucional, discorra sobre o princípio da máxima efetividade e o princípio da unidade da Constituição.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

Os princípios constitucionais são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Eles configuram as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui.

O princípio da máxima efetividade aduz que na interpretação das normas constitucionais deve ser atribuído o sentido que confira maior eficácia, ou seja, o cânone hermenêutico--constitucional da máxima efetividade orienta os aplicadores da lei maior para que interpretem as suas normas em ordem a otimizar-lhes a eficácia, mas sem alterar o seu conteúdo. Atualmente, é costumeiramente utilizado no âmbito dos direitos fundamentais, de forma a reconhecer a maior eficácia possível.

O princípio da unidade da Constituição ganha relevo autônomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que o Direito Constitucional deve ser interpretado de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas e, sobretudo, entre os princípios jurídicos-políticos constitucionalmente estruturantes. Como ponto de orientação ou fator hermenêutico de decisão, o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade e procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar. Com isso, o intérprete deve sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

MENDES. Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 11. ed. 2016. Saraiva.

DPDF/2013 - Distinga estado de defesa de estado de sítio, descrevendo as hipóteses que justificam a decretação de um e de outro e as medidas restritivas aos direitos e garantias fundamentais que a Constituição Federal autoriza durante a vigência de ambos.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

Uma primeira diferença diz respeito à forma de decretação. O Estado de Defesa exige decreto do Presidente da República que, a seguir, é sujeito a exame do Congresso Nacional. Já no Estado de Sítio, o Presidente da República precisa primeiro solicitar ao Congresso Nacional autorização para a sua decretação, ante a maior gravidade da situação.

A segunda diferença abarca o tempo de duração de cada regime. Enquanto o Estado de Defesa possui duração máxima de 30 dias, prorrogável uma vez por igual período; há duas situações a serem enfrentadas em se tratando do Estado de Sítio. A primeira delas envolve o Estado de Sítio envolvendo comoção grave de repercussão nacional ou ineficácia do Estado de Defesa. Nessa primeira hipótese, o regime excepcional dura no máximo 30 dias, prorrogável, de cada vez, por igual período. Existe outra modalidade de Estado de Sítio, de duração indeterminada, que pode ocorrer caso de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira.

Por fim, a terceira diferença envolve as medidas que podem ser tomadas no Estado de Defesa e no Estado de Sítio. O decreto que instituir o estado de defesa especificará o tempo de sua duração, as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre restrições aos direitos de reunião, ainda que exercida no seio das associações; ao sigilo de correspondência; e ao sigilo de comunicação telegráfica e telefônica. Além disso, poderá haver a ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes disso.

Frise-se que na vigência do Estado de Defesa a prisão por crime contra o Estado, determinada pelo executor da medida, será por este comunicada imediatamente ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal, facultado ao preso requerer exame de corpo de delito à autoridade policial. Além disso, a comunicação será acompanhada de declaração do estado físico e mental do detido no momento de sua autuação e a prisão ou detenção de qualquer pessoa não poderá ser superior a dez dias, salvo quando autorizada pelo Poder Judiciário, sendo vedada a incomunicabilidade do preso.

Na vigência do Estado de Sítio decretado com fundamento em comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: obrigação de permanência em localidade determinada; detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns; restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei; suspensão da liberdade de reunião; busca e apreensão em domicílio; intervenção nas empresas de serviços públicos; e requisição de bens.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

MENDES. Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 11. ed. 2016. Saraiva.

DPDF/2013 - Conceitue direitos políticos negativos, indique as espécies em que eles se dividem e discorra sobre suas características básicas.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

Os direitos políticos podem ser positivos (direito de votar e ser votado) e buscam garantir a participação do povo no poder mediante o sufrágio ativo, no primeiro caso, ou passivo, no segundo. Porém, os direitos políticos também podem ser negativos, isto é, quando o cidadão fica privado do gozo desses direitos devido a uma perda definitiva ou temporária.

É importante realçar que não existe a possibilidade de cassação, mas apenas a de perda e a de suspensão dos direitos políticos. A perda dos direitos políticos está ligada à ideia de definitividade e é permanente, enquanto que a suspensão corresponde à interrupção temporária dos direitos em uso e é cessada quando terminam os efeitos do ato ou medida que a ensejou.

De acordo com o artigo 15 da CRFB, a doutrina majoritária considera que a única hipótese de perda dos direitos políticos é o cancelamento da naturalização por sentença judicial transitada em julgado. Contudo, existe o entendimento de que o cancelamento da naturalização pela aquisição de outra nacionalidade também constitui meio de perda dos citados direitos. Já os casos de suspensão são diversos e, segundo dispõe a CRFB, envolvem a incapacidade civil absoluta, condenação criminal transitada em julgado, recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa e improbidade administrativa.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

MENDES. Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 11. ed. 2016. Saraiva.

DPDF/2013 - Foi ajuizada ação popular contra ato administrativo que promoveu concorrência administrativa, para a concessão de serviço público, em condições que implicaram limitação às possibilidades normais de competição. Ao responder à ação, o ente público invocou o não cabimento da ação popular, alegando ausência de demonstração de efetivo prejuízo causado pelo ato aos cofres públicos. Em face dessa situação hipotética, responda, com fundamento na lei que regula a ação popular e no entendimento do STF e do STJ sobre o tema, aos seguintes questionamentos. a) Para cabimento da ação popular, é indispensável a demonstração da lesividade econômica provocada pelo ato impugnado? b) O ato praticado pela administração pública tem amparo na legislação de regência?

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

Em relação à ação popular, referido remédio constitucional consiste em um relevante instrumento processual de participação política do cidadão, destinado eminentemente à defesa do patrimônio público, bem como da moralidade administrativa, do meio-ambiente

e do patrimônio histórico, artístico, estético e turístico das entidades mencionadas na Lei nº 4.717/65.

Assim, de acordo com o entendimento do STF e STJ, no tocante ao cabimento da ação popular, basta a ilegalidade do ato administrativo a invalidar, por contrariar normas específicas que regem o Poder Público ou por se desviar de princípios que norteiam a Administração Pública, sendo dispensável a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos. Logo, mesmo não havendo lesão no sentido pecuniário, de prejuízo econômico para o Estado, a ação popular é cabível, uma vez que visa proteger não apenas o patrimônio pecuniário, mas também o patrimônio moral e cívico da administração.

No tocante ao item "b", o ato praticado pela Administração não possui amparo, pois o art. 4º, III, "c", da Lei n. 4.717/65 registra como nulos os atos relativos à concorrência administrativa processada em condições que impliquem a limitação das possibilidades normais de competição.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇAO POPULAR. PRÉ-QUALIFICAÇAO DE CONCORRÊNCIA PARA CONCESSAO QUE OBJETIVA A EXPLORAÇAO DA PONTE PRESIDENTE COSTA E SILVA (PONTE RIO-NITERÓI). AUSÊNCIA DE LESIVIDADE ECONÔMICA. DEFESA DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. ATOS RELATIVOS À CONCORRÊNCIA ADMINISTRATIVA PROCESSADA EM CONDIÇÕES QUE IMPLIQUEM NA LIMITAÇAO DAS POSSIBILIDADES NORMAIS DE COMPETIÇAO. INTERESSE PROCESSUAL. EXISTÊNCIA. 1. A Constituição da República vigente, em seu art. 5º, inc. LXXIII, inserindo no âmbito de uma democracia de cunho representativo eminentemente indireto um instituto próprio de democracias representativas diretas, prevê que "qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência". Tal dispositivo deixa claro que a ação popular, também, é cabível com vistas a anular atos lesivos à moralidade administrativa. 2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 170.768/SP, pacificou ser ausente a contrariedade ao art. 5º, LXXIII, da Lei Maior por entender que, para o cabimento da ação popular, basta a ilegalidade do ato administrativo a invalidar, por contrariar normas específicas que regem a sua prática ou por se desviar de princípios que norteiam a Administração Pública, sendo dispensável a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos. 3. No presente caso, o ato impugnado consiste na pré-qualificação da concorrência para concessão da exploração da Ponte Presidente Costa e Silva (Rio-Niterói) realizada em 1993, ao passo que o art. 4ºº, III, c, a Lei n4.71777/65 registra como nulos os atos relativos à concorrência administrativa processada em condições que impliquem na limitação das possibilidades normais de competição. 4. O art. 4º, III, c, a Lei n. 4.717/65 registra como nulos os atos relativos à concorrência administrativa processada em condições que impliquem a limitação das possibilidades normais de competição. Assim, mesmo não havendo lesão no sentido pecuniário, de prejuízo econômico para o Estado, a ação popular é cabível, uma vez que visa proteger não apenas o patrimônio pecuniário, mas também o patrimônio moral e cívico

da administração. 5. Nesse contexto, não há que se cogitar em lesão somente quando da celebração do contrato de concessão e, pois, em ausência de interesse processual. 6. Recurso especial não provido. RECURSO ESPECIAL Nº 849.297

AÇÃO POPULAR. ABERTURA DE CONTA EM NOME DE PARTICULAR PARA MOVIMENTAR RECURSOS PÚBLICOS. PATRIMÔNIO MATERIAL DO PODER PÚBLICO. MORALIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 5º, INC. LXXIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O entendimento sufragado pelo acórdão recorrido no sentido de que, para o cabimento da ação popular, basta a ilegalidade do ato administrativo a invalidar, por contrariar normas específicas que regem a sua prática ou por se desviar dos princípios que norteiam a Administração Pública, dispensável a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos, não é ofensivo ao inc. LXXIII do art. 5º da Constituição Federal, norma esta que abarca não só o patrimônio material do Poder Público, como também o patrimônio moral, o cultural e o histórico. As premissas fáticas assentadas pelo acórdão recorrido não cabem ser apreciadas nesta instância extraordinária à vista dos limites do apelo, que não admite o exame de fatos e provas e nem, tampouco, o de legislação infraconstitucional. Recurso não conhecido. (RE 170768, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 26/03/1999, DJ 13-08-1999 PP-00016 EMENT VOL-01958-03 PP-00445)

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

MENDES. Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 11. ed. 2016. Saraiva.

DPDF/2013 - Determinado sindicato impetrou mandado de segurança coletivo em defesa de direitos de seus filiados. O ente estatal demandado, ao se manifestar nos autos, invocou a ilegitimidade ativa da entidade, comprovando a ausência de registro da entidade junto ao Ministério do Trabalho e Emprego, por meio de decisão administrativa que indeferira o pedido de registro em razão da existência de outra organização sindical representativa da categoria na mesma base territorial, bem como decisão judicial que ratificara, em ação específica, o posicionamento da autoridade administrativa. Em face dessa situação hipotética, responda, com fundamento na legislação de regência e na jurisprudência do STJ sobre o tema, se o registro junto ao Ministério do Trabalho e Emprego é requisito necessário para a configuração da legitimidade ativa do sindicato para a impetração de mandado de segurança coletivo.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

No ano da prova havia um entendimento do STF no sentido da desnecessidade de registro junto ao Ministério do Trabalho, conforme o julgado abaixo:

Legitimidade – Mandado de segurança coletivo – Sindicato – Registro no Ministério do Trabalho. A legitimidade de sindicato para atuar como substituto processual no mandado de segurança coletivo pressupõe tão somente a existência jurídica, ou seja, o registro no cartório próprio, sendo indiferente estarem ou não os estatutos arquivados e registrados no Ministério do Trabalho." (RE 370.834, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 30-8-2011, Primeira Turma, DJE de 26-9-2011.)

Contudo, posteriormente, houve modificação do entendimento jurisprudencial do STF e o STJ seguiu essa visão. Assim, com base na visão do STF e STJ, a legitimação ativa da entidade para atuar como substituta processual no mandado de segurança coletivo pressupõe que ela esteja regularmente constituída e em funcionamento, o que não se admite quando não há o registro no Ministério do Trabalho e, mais ainda, quando não se obedece ao princípio da unicidade sindical.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

PROCESSO CIVIL. CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SINDICATO. SUBSTITUIÇAO PROCESSUAL. INTERESSE DA CATEGORIA PROFISSIONAL. LEGITIMIDADE ATIVA. AUSÊNCIA. REGISTRO NO MINISTÉRIO DO TRABALHO. NECESSIDADE. VIOLAÇAO À UNICIDADE SINDICAL. RECURSO NAO PROVIDO. 1. Independentemente da discussão acerca do momento em que surge a personalidade jurídica do sindicato, a legitimação ativa da entidade para atuar como substituta processual no mandado de segurança coletivo pressupõe que ela esteja regularmente constituída e em funcionamento, o que não se admite quando não há o registro no Ministério do Trabalho e, mais ainda, quando não se obedece ao princípio da unicidade sindical. Precedentes do STF e do STJ. 2. Na espécie, o registro da entidade no Ministério do Trabalho foi indeferido pela autoridade competente, ante a existência de outra organização sindical representativa da categoria na mesma base territorial. A decisão administrativa foi ratificada judicialmente nos autos de mandado de segurança transitado em julgado. 3. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 41.881 - MS (2013/0095368-4)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. . NECESSIDADE DE REGISTRO DE SINDICATO NOMINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. PRINCÍPIO DA UNICIDADE SINDICAL. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (ARE 697852 AgR, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe 21/11/2012). Agravo regimental no agravo de instrumento. Prequestionamento. Ausência. Sindicato. Registro. Necessidade. Precedentes. 1. Não se admite o recurso extraordinário quando os dispositivos constitucionais que nele se alega violados não estão devidamente prequestionados. Incidência das Súmulas Nºs 282 e 356/STF. 2. A orientação firmada nesta Corte é no sentido de ser o registro do Sindicato no Ministério do Trabalho e Emprego o ato que o legitima à representação de determinada categoria. 3. Agravo regimental não provido. (AI 820.650 AgR, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe 26/9/2012).

DPDF/2013 - Determinado sindicato ajuizou ação coletiva para a tutela de direitos individuais homogêneos dos integrantes da categoria, julgada procedente mediante decisão transitada em julgado. Na fase de execução da sentença, o ente público demandado invocou a ilegitimidade do sindicato para a liquidação e a execução da decisão, argumentando que seria imprescindível a autorização expressa dos interessados. Em face dessa situação hipotética, discorra, com fundamento na jurisprudência do STJ, sobre a procedência da invocação da ilegitimidade do sindicato para a liquidação e a execução da decisão e do argumento acerca da imprescindibilidade de autorização expressa dos interessados.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

Esta questão já foi motivo de grande celeuma jurisprudencial, no âmbito do próprio STJ inclusive, existindo dois entendimentos. Uma primeira visão sustentava que a atuação de entidade sindical, nas fases de liquidação e cumprimento de sentença coletiva que julgava procedente o pedido de direitos individuais homogêneos, era na qualidade de representante dos trabalhadores, ou seja, seria imprescindível a autorização expressa dos interessados para o prosseguimento do feito (nesta fase de liquidação e cumprimento).

Atualmente, acompanhando o STF, o STJ fixou o entendimento de que, mesmo nas fases de liquidação e cumprimento de sentença coletiva, ainda que trate ela de direitos individuais homogêneos, a entidade sindical atua na qualidade de substituto processual da categoria. O que significa dizer que é absolutamente prescindível qualquer autorização expressa dos interessados para o deslinde da demanda, independente da fase processual em que se encontre.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DISSONÂNCIA ENTRE ENTENDIMENTOS RECENTEMENTE MANIFESTADOS NO ÂMBITO DA CORTE ESPECIAL. LEGITIMIDADE DO SINDICATO PARA ATUAR EM JUÍZO NA DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. RECONHECIMENTO, PELO STF, DA ATUAÇÃO DO SINDICATO COMO SUBSTITUTO PROCESSUAL DOS TRABALHADORES, TANTO DURANTE O PROCESSO DE CONHECIMENTO, COMO NA FASE DE LIQUIDAÇÃO OU CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. ACOLHIMENTO DE TAL ENTENDIMENTO TAMBÉM NO ÂMBITO DO STJ. - A jurisprudência da Corte Especial do STJ tem se apresentado inconstante quanto à qualificação jurídica da atuação do sindicato na fase de cumprimento de sentença proferida em ação coletiva. Há precedentes, tanto no sentido de considerar que nessas hipóteses o sindicato atua como substituto processual dos trabalhadores (EREsp 1.082.891/RN; AgRg no EREsp 1.077.723/RS), como no sentido de qualificar tal atuação como mera representação (EREsp 847.319/RS; EREsp 901.627/RS). O STF firmou seu entendimento no sentido de que, tanto na fase de conhecimento, como na de liquidação ou de cumprimento da sentença proferida em ações em que se discutam direitos individuais homogêneos, a atuação do sindicato se dá na qualidade de substituto processual, sem necessidade de prévia autorização dos trabalhadores (RE 193.503/SP; RE 193.579/SP; RE 208.983/SC; RE 210.029/RS; RE 211.874/RS; RE 213.111/SP - Informativo de Jurisprudência/STF nº 431). Em que pesem os robustos argumentos de ordem técnico processual manifestado pelos Ministros que proferiram voto-vencido naquela oportunidade, prevaleceu a ideia de máxima ampliação da garantia constitucional à defesa coletiva dos direitos e interesses dos trabalhadores em juízo. Pacificada a questão no Supremo Tribunal Federal, é importante que, por um critério de coerência, respeitando-se o ideal de uniformização da jurisprudência nacional, que o STJ pacifique também sua jurisprudência, no mesmo sentido. Embargos de divergência conhecidos e providos. (EREsp760840/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/11/2009, DJe 14/12/2009)

DPDF/2013 - A defensoria pública ajuizou ação contra a União, com a finalidade de obter medicamento considerado indispensável para o tratamento de saúde de determinada pessoa carente. No pedido, postulou a antecipação dos efeitos da tutela e o bloqueio de verbas públicas, caso o medicamento não fosse fornecido. Em face dessa situação hipotética, responda, com fundamento no entendimento firmado no STJ sobre o tema, aos seguintes questionamentos. a) É possível a concessão de tutela antecipada e o bloqueio de verbas públicas contra a fazenda pública? b) A União é parte ilegítima para figurar no polo passivo dessa ação?

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

Em relação ao item "a", em regra, não seria viável o bloqueio de verbas públicas para o cumprimento de decisões judiciais. Tal raciocínio afigura-se essencial para que a Administração Pública possa cumprir suas políticas públicas e haja respeito às normas de direito administrativo e de direito orçamentário, especialmente ao tema dos precatórios e da requisição de pequeno valor.

Entretanto, há diversas situações nas quais o não bloqueio pode causar uma lesão muito grave ao jurisdicionado, ou seja, há uma relativização da regra protetiva que abarca a Fazenda Pública para privilegiar a dignidade humana. Entende a Jurisprudência que é lícito ao julgador, à vista das circunstâncias do caso concreto, aferir o modo mais adequado para tornar efetiva a tutela, tendo em vista o fim da norma e a impossibilidade de previsão legal de todas as hipóteses fáticas.

Os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado Democrático de Direito, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, deve superar restrições legais. Somado a isso, a tutela jurisdicional, para ser efetiva, deve dar ao lesado resultado prático equivalente ao que obteria se a prestação fosse cumprida voluntariamente. O meio de coerção tem validade quando capaz de subjugar a recalcitrância do devedor.

O Poder Judiciário não deve compactuar com o agir desidioso do Estado, que condenado pela urgência da situação a entregar medicamentos imprescindíveis proteção da saúde e da vida de cidadão necessitado, revela-se indiferente à tutela judicial deferida e aos valores fundamentais por ele eclipsados. Assim sendo, plenamente possível a antecipação dos efeitos da tutela para determinar o bloqueio de verbas públicas.

No tocante ao item "b", o entendimento assente na Jurisprudência é no sentido de que há solidariedade entre todos os entes federativos para figurar no polo passivo da ação judicial. Isso ocorre porque o sistema único de saúde é financiado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes, o que gera a solidariedade da obrigação e a legitimidade passiva de todos os entes da Federação.

Desse modo, a legitimidade da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios decorre da solidariedade dos entes públicos no cumprimento dos serviços de saúde. Isso

afasta qualquer possibilidade de "direcionamento" da obrigação para que o ente A, B ou C que tenha tido sua responsabilidade (por solidariedade) judicialmente reconhecida, mesmo porque, aceitar-se direcionamento é negar legitimação passiva concorrente que decorre da solidariedade do direito material.

Porém, isso não importa dizer que o cumprimento da obrigação deve ser exigido de todos os devedores da obrigação ao mesmo tempo. Solidária que é a obrigação, o cumprimento pode ser exigido do ente que propicie a prestação jurisdicional mais célere e compatibilize o sistema de compensações mútuas entre eles, a ser aferido pelo juízo da execução, o que não importa renúncia ao direito de exigir também dos demais obrigados, se necessário for e assim entender o juízo da execução.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ADOÇÃO DE MEDIDA NECESSÁRIA À EFETIVAÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA OU À OBTENÇÃO DO RESULTADO PRÁTICO EQUIVALENTE. ART. 461, § 5o. DO CPC. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE CONFERIDA AO JULGADOR, DE OFÍCIO OU A REQUERIMENTO DA PARTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. ACÓRDÃO SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO 08/2008 DO STJ.1. Tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao Juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar até mesmo, o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com adequada fundamentação. 2. Recurso Especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 08/2008 do STJ." (STJ. 1ª Seção. REsp 1.069.810/RS. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Publicado no DJ de 06/11/2013)

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

MENDES. Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 11. ed. 2016. Saraiva.

DIREITO DO CONSUMIDOR

DPDF/2013 - É lícita a cobrança, por instituição financeira, de tarifa para a abertura de crédito em conta-corrente? Fundamente sua resposta conforme o entendimento do STJ.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

De acordo com o entendimento do STJ, é válida a cobrança da TAC - Tarifa de Abertura de Crédito e TEC - Tarifa de Emissão de Carnê/Boleto apenas nos contratos bancários celebrados até 30 de abril de 2008. Para contratos pactuados a partir desta data, as tarifas não podem mais ser cobradas.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. COMPENSAÇÃO/REPETIÇÃO SIMPLES DO INDÉBITO. RECURSOS REPETITIVOS. TARIFAS BANCÁRIAS. TAC E TEC. EXPRESSA PREVISÃO CONTRATUAL. COBRANÇA. LEGITIMIDADE. PRECEDENTES. FINANCIAMENTO DO IOF. POSSIBILIDADE. 1. A comissão de permanência não pode ser cumulada com quaisquer outros encargos remuneratórios ou moratórios (enunciados Súmulas 30, 294 e 472 do STJ). 2. Tratando-se de relação de consumo ou de contrato de adesão, a compensação/repetição simples do indébito independe da prova do erro (Enunciado 322 da Súmula do STJ). 3. Nos termos dos arts. 4º e 9º da Lei 4.595/1964, recebida pela Constituição como lei complementar, compete ao Conselho Monetário Nacional dispor sobre taxa de juros e sobre a remuneração dos serviços bancários, e ao Banco Central do Brasil fazer cumprir as normas expedidas pelo CMN. 4. Ao tempo da Resolução CMN 2.303/1996, a orientação estatal quanto à cobrança de tarifas pelas instituições financeiras era essencialmente não intervencionista, vale dizer, "a regulamentação facultava às instituições financeiras a cobrança pela prestação de quaisquer tipos de serviços, com exceção daqueles que a norma definia como básicos, desde que fossem efetivamente contratados e prestados ao cliente, assim como respeitassem os procedimentos voltados a assegurar a transparência da política de preços adotada pela instituição." 5. Com o início da vigência da Resolução CMN 3.518/2007, em 30.4.2008, a cobrança por serviços bancários prioritários para pessoas físicas ficou limitada às hipóteses taxativamente previstas em norma padronizadora expedida pelo Banco Central do Brasil. 6. A Tarifa de Abertura de Crédito (TAC) e a Tarifa de Emissão de Carnê (TEC) não foram previstas na Tabela anexa à Circular BACEN 3.371/2007 e atos normativos que a sucederam, de forma que não mais é válida sua pactuação em contratos posteriores a 30.4.2008. RECURSO ESPECIAL Nº 1.255.573 – RS.

DPDF/2013 - A defensoria pública ajuizou ação civil pública com a finalidade de defender o direito de consumidores lesados por relações contratuais firmadas com determinada instituição financeira. A ré, então, invocou a ilegitimidade do órgão para promover, em nome próprio, a defesa dos consumidores, sustentando que a defensoria pública teria legitimidade apenas para a defesa individual do consumidor, já que a promoção da defesa coletiva ou difusa dos consumidores seria atribuição institucional exclusiva do Ministério Público. Com base nessa situação hipotética e na legislação e na jurisprudência sobre o tema, indique a natureza dos direitos defendidos na referida ação civil pública e esclareça se a defensoria pública tem legitimidade para ajuizar ação civil pública em defesa dos referidos consumidores.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

Os direitos coletivos, em sentido amplo, são classificados como: i) direitos difusos; ii) direitos coletivos em sentido estrito; e iii) direitos individuais homogêneos. Distinguem-se, dentre outro critérios, pelo grau de transindividualidade e pelo vínculo que ensejam na demanda jurídica coletiva. São tutelados na forma da Lei nº 7.347/85 (Lei da ação civil pública) e do CDC (Lei nº 8.078/90).

O art. 81 do CDC traz o conceito legal das modalidades de direito coletivo, dispondo que são interesses ou direitos difusos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; interesses ou direitos coletivos são os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; e, por fim, os interesses ou direitos individuais homogêneos são os decorrentes de origem comum.

A natureza dos diretos discutidos na ação civil pública ofertada pela defensoria é de direitos coletivos em sentido estrito (art. 81, II, do CDC), já que se trata de um grupo de pessoas ligadas com a parte contrária (banco réu) através de uma relação jurídica base (contratos firmados com a instituição financeira), estando presente, assim, a determinabilidade dos sujeitos titulares.

No que toca à (i)legitimidade processual ativa da Defensoria Pública para promover demandas desta natureza, no resguardo de interesse dos consumidores, inobstante as várias divergências que já existiram acerca do tema, e a previsão expressa no art. 5º, II, da Lei da ação civil pública, cuja a redação foi dada pela Lei nº 11.448/07, o plenário do STF, ao julgar uma ação direta de inconstitucionalidade (em 2015 - depois de aplicada esta questão), fixou a orientação de que o órgão pode, sem óbice algum, judicializar ação civil publica para tratar de qualquer direito coletivo.

O STF reconheceu que a EC nº 80/14, que alterou a redação do art. 134 da CRFB, reafirmou a constitucionalidade da Lei nº 11.448/07, ao conferir na redação do texto constitucional que incumbe à Defensoria Pública a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicialmente, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV, da CRFB.

Além disso, prevaleceu a visão de que: i) somente se conseguirá reduzir ou suprimir enormes diferenças sociais se forem oferecidos instrumentos que atendam com eficiência às necessidades dos cidadãos na defesa de seus direitos; ii) exigir que a Defensoria Pública, antes de ajuizar a ACP, comprove a pobreza do público tutelado não é compatível com as ideia e preceitos mínimos que animam o sistema de instituições essências a justiça, nem com os objetivos da República; e iii) a CRFB não assegura ao Ministério Público a legitimidade exclusiva para o ajuizamento de ação civil pública.

Neste contexto, é oportuno esclarecer que no momento da liquidação e execução dos julgados na ação coletiva, a Defensoria Pública irá fazer a assistência jurídica apenas dos hipossuficientes. Neste momento processual é que a atuação da instituição é restrita à defesa dos interesses de quem prova hipossuficiência de recursos. O que não significa que a Defensoria Pública goze de legitimidade irrestrita para promover o ajuizamento de ACPs, pois deve haver algum reflexo da ação coletiva em um público hipossuficiente, ainda que não seja um grupo tutelado exclusivamente de pessoas necessitadas (o que, por certo, deve ser aferido em cada caso concreto).

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA (ART. 5º, INC. II, DA LEI N. 7.347/1985, ALTERADO

PELO ART. 2º DA LEI N. 11.448/2007). TUTELA DE INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS (COLETIVOS STRITO SENSU E DIFUSOS) E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DEFENSORIA PÚBLICA: INSTITUIÇÃO ESSENCIAL À FUNÇÃO JURISDICIONAL. ACESSO À JUSTIÇA. NECESSITADO: DEFINIÇÃO SEGUNDO PRINCÍPIOS HERMENÊUTICOS GARANTIDORES DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E DA MÁXIMA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS: ART. 5º, INCS. XXXV, LXXIV, LXXVIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE NORMA DE EXCLUSIVIDAD DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELO RECONHECIMENTO DA LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. (ADI 3943, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-154 DIVULG 05-08-2015 PUBLIC 06-08-2015).

DPDF/2013 - Caso um contrato de plano de saúde contenha cláusula que preveja, de forma excessivamente onerosa, o reajuste da mensalidade do contratante que complete sessenta anos de idade, devem-se aplicar, para o questionamento da nulidade da cláusula abusiva, as disposições do Código de Defesa do Consumidor ou as do Código Civil? Justifique sua resposta.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

A Súmula 469 do STJ aduz que se aplica o código de defesa do consumidor aos contratos de plano de saúde, já que se trata de uma relação jurídica que preenche todos os requisitos para que se caracterize como relação de consumo (arts. 2º e 3º do CDC). Isso, obviamente, independe do nome ou natureza jurídica adotada pela empresa fornecedora. Então, o CDC é o diploma adequado para questionar eventual nulidade da clausula abusiva disposta num contrato de plano de saúde.

No que tange ao reajuste, excessivamente oneroso em razão da idade, da prestação paga à seguradora em contratos de planos e saúde, vislumbra-se uma cláusula manifestamente abusiva. Esta previsão de reajuste, em primeiro lugar, desrespeita o art. 15, §3º, do estatuto do idoso (Lei. nº 10.741/03), segundo o qual é vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade.

Assim, depreende-se que se afigura perfeitamente possível o reajuste da mensalidade nos contratos de trato sucessivo, inclusive nos de natureza de seguro de saúde, nos limites que a lei permite. Mas não são unicamentes o avanço da idade que implica a maior probabilidade de ocorrência do sinistro e a necessidade da utilização dos serviços previstos no plano de saúde.

Portanto, desde que não haja transgressão aos limites fixados na Lei nº 9.656/98 (que dispões sobre planos privados de saúde), nem incidam percentuais de reajuste desarrazoados e aleatórios que onerem demais o segurado, é perfeitamente legítima a cláusula de reajuste da taxa de seguro. O que não é o caso descrito no enunciado, pois ele mesmo aduz que a cláusula foi posta de modo excessivamente onerosa.

O próprio CDC é categórico ao definir, em seus arts. 39, V e X; 51, §1º, III, que é vedado ao fornecedor exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva, elevar sem

justa causa o preço de produtos ou serviços, como é o caso da questão em exame; e que é nula de pleno direito a clausula que se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso. Porém, é possível, em todo caso, demandar judicialmente o recebimento das parcelas pagas em caráter abusivo, respeitado o prazo prescricional a que alude o art. 205 do CC.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA DO CONTRATO DE SEGURO SAÚDE QUE PREVÊ A VARIAÇÃO DOS PRÊMIOS POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA REFORMADA PELO ACÓRDÃO ESTADUAL, AFASTADA A ABUSIVIDADE DA DISPOSIÇÃO CONTRATUAL. INSURGÊNCIA DA SEGURADA. 2.1. Da análise do artigo 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, depreende-se que resta vedada a cobrança de valores diferenciados com base em critério etário, pelas pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, quando caracterizar discriminação ao idoso, ou seja, a prática de ato tendente a impedir ou dificultar o seu acesso ao direito de contratar por motivo de idade. 2.2. Ao revés, a variação das mensalidades ou prêmios dos planos ou seguros saúde em razão da mudança de faixa etária não configurará ofensa ao princípio constitucional da isonomia, quando baseada em legítimo fator distintivo, a exemplo do incremento do elemento risco nas relações jurídicas de natureza securitária, desde que não evidenciada a aplicação de percentuais desarrazoados, com o condão de compelir o idoso à quebra do vínculo contratual, hipótese em que restará inobservada a cláusula geral da boa-fé objetiva, a qual impõe a adoção de comportamento ético, leal e de cooperação nas fases pré e pós pactual. 2.3. Consequentemente, a previsão de reajuste de mensalidade de plano de saúde em decorrência da mudança de faixa etária de segurado idoso não configura, por si só, cláusula abusiva, devendo sua compatibilidade com a boa-fé objetiva e a equidade ser aferida em cada caso concreto. Precedente: REsp 866.840/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 07.06.2011, DJe 17.08.2011. 5. De acordo com o entendimento exarado pela Quarta Turma, quando do julgamento do Recurso Especial 866.840/SP, acerca da exegese a ser conferida ao § 3º do artigo 15 da Lei 10.741/2003, "a cláusula contratual que preveja aumento de mensalidade com base exclusivamente em mudança de idade, visando forçar a saída do segurado idoso do plano, é que deve ser afastada". 5.1. Conforme decidido, "esse vício se percebe pela ausência de justificativa para o nível do aumento aplicado, o que se torna perceptível sobretudo pela demasia da majoração do valor da mensalidade do contrato de seguro de vida do idoso, comparada com os percentuais de reajustes anteriormente postos durante a vigência do pacto. Isso é que compromete a validade da norma contratual, por ser ilegal, discriminatória". (STJ. 2º Seção. REsp 1280211/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 23/04/2014)

DPDF/2013 - Após ler anúncio de venda de veículos em jornal de grande circulação, Pedro procurou o anunciante e adquiriu um carro zero quilômetro. Contudo, o anunciante não era vendedor de veículos e Pedro pagou pelo veículo, mas não o recebeu, tendo sido vítima de estelionato. Nessa situação hipotética, o jornal tem responsabilidade pelo anúncio publicado e o dever de indenizar Pedro? Justifique sua resposta.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

É inviável a pretensão de obter indenização a título de dano material demandando o jornal que veiculou o anúncio, que foi provocado por uma lesão decorrente de um ato praticado pelo anunciante. Na matéria da publicidade não consta nenhuma ilegalidade flagrante, pois falta um elemento básico para configuração da responsabilidade civil: o nexo de causalidade.

As empresas de comunicação não respondem por publicidade de propostas abusivas ou enganosas. Tal responsabilidade toca aos fornecedores/anunciantes que as patrocinaram (arts. 3º e 38 do CDC). O CDC, quando trata de publicidade, impõe deveres ao anunciante, e não às empresas de comunicação, nos dizeres da jurisprudência do STJ.

Ao se debruçar mais detida e especificamente acerca desta questão, o STJ também fixou a tese de que a responsabilidade pelo dano decorrente do crime de estelionato não pode ser imputada à empresa jornalística, visto que não participou da elaboração do anúncio, tampouco do contrato de compra e venda.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. PUBLICAÇÃO DE ANÚNCIO EM CLASSIFICADOS DO JORNAL. OCORRÊNCIA DE CRIME DE ESTELIONATO PELO ANUNCIANTE. INCIDÊNCIA DO CDC. RESPONSABILIDADE DO JORNAL. 1. O recorrido ajuizou ação de reparação por danos materiais, em face da recorrente (empresa jornalística), pois foi vítima de crime de estelionato praticado por meio de anúncio em classificados de jornal. 2. Nos contratos de compra e venda firmados entre consumidores e anunciantes em jornal, as empresas jornalísticas não se enquadram no conceito de fornecedor, nos termos do art. 3º do CDC. 3. A responsabilidade pelo dano decorrente do crime de estelionato não pode ser imputada à empresa jornalística, visto que essa não participou da elaboração do anúncio, tampouco do contrato de compra e venda do veículo. 4. O dano sofrido pelo consumidor deu-se em razão do pagamento por um veículo que não foi entregue pelo anunciante, e não pela compra de um exemplar do jornal. Ou seja: o produto oferecido no anúncio (veículo) não tem relação com o produto oferecido pela recorrente (publicação de anúncios). 5. Assim, a empresa jornalística não pode ser responsabilizada pelos produtos ou serviços oferecidos pelos seus anunciantes, sobretudo quando dos anúncios publicados não se infere qualquer ilicitude. 6. Dessarte, inexiste nexo causal entre a conduta da empresa e o dano sofrido pela vítima do estelionato (STJ - Resp 1046241/SC, Rel. Min. **NANCYANDRIGHI.DOJ 12/08/2010)**

DPDF/2013 - Durante viagem a Nova Iorque, ao se dirigir ao caixa para pagamento de uma compra, Carla percebeu que sua carteira não estava na bolsa. Posteriormente, verificou que também não a havia esquecido no hotel. Assim, ligou para a administradora do cartão de crédito, relatou o fato, e pediu o cancelamento do cartão. Nessa situação hipotética, Carla deverá arcar com as compras realizadas por terceiro até o momento da comunicação dos fatos à administradora do cartão de crédito, se tal cláusula constar do contrato?

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

Carla não deverá arcar com as compras, pois a cláusula que prevê a responsabilização dela pelos prejuízos ocorridos até a data da comunicação dos fatos é abusiva. Reiteradamente, a jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que são nulas as cláusulas contratuais que impõem ao consumidor a responsabilidade absoluta por compras realizadas com cartão de crédito furtado até o momento (data e hora) da comunicação do furto.

Tais avenças de adesão colocam o consumidor em desvantagem exagerada e militam contra a boa-fé e a equidade, pois as administradoras e os vendedores têm o dever de apurar a regularidade no uso dos cartões. Referira interpretação é amparada no art. 51, IV, do CDC.

Mais recentemente, o STJ reafirmou essa premissa, decidindo que a circunstância de o uso irregular do cartão ter ocorrido antes de o titular comunicar o extravio não tem o condão de afastar a responsabilidade da instituição financeira. Inclusive, qualquer cláusula nesse sentido existente no contrato firmado entre as partes é claramente abusiva, pois impõe exclusivamente ao consumidor risco inerente ao negócio.

Cabe à administradora de cartões, em parceria com a rede credenciada, a verificação da idoneidade das compras realizadas, utilizando-se de meios que dificultem ou impossibilitem fraudes e transações realizadas por estranhos em nome de seus clientes, e isso independentemente de qualquer ato do consumidor, tenha ou não ocorrido furto.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

CONSUMIDOR - CARTAO DE CRÉDITO - FURTO - RESPONSABILIDADE PELO USO - CLÁUSULA QUE IMPÕE A COMUNICAÇAO - NULIDADE - CDC/ART. 51, IV. - São nulas as cláusulas contratuais que impõem ao consumidor a responsabilidade absoluta por compras realizadas com cartão de crédito furtado até o momento (data e hora) da comunicação do furto. Tais avenças de adesão colocam o consumidor em desvantagem exagerada e militam contra a boa-fé e a eqüidade, pois as administradoras e os vendedores têm o dever de apurar a regularidade no uso dos cartões. RECURSO ESPECIAL Nº 348.343/SP

DPDF/2013 - Após assistir a um comercial de televisão sobre um creme antirrugas, Cláudia telefonou para o número fornecido no anúncio e efetuou a compra de dois potes do creme. Cinco dias após receber o produto, sem tê-lo usado, resolveu devolvê-lo. Nessa situação hipotética, Cláudia tem o direito potestativo de devolver o produto sem a necessidade de apresentar justificativas? Fundamente sua resposta.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

Cláudio tem sim o direito potestativo de devolver o produto sem a necessidade de apresentar justificativas, com base no chamado direito de arrependimento, previsto no art. 49 do CDC.

Pelo referido dispositivo normativo, o consumidor pode desistir do contrato no prazo de sete dias sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

Exercido o direito de arrependimento, o parágrafo único do art. 49 do CDC especifica que o consumidor terá de volta, imediatamente e monetariamente atualizados, todos os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, entendendo-se incluídos nestes valores todas as despesas com o serviço postal para a devolução do produto, quantia esta que não pode ser repassada ao consumidor.

Eventuais prejuízos enfrentados pelo fornecedor nesse tipo de contratação são inerentes à modalidade de venda fora do estabelecimento comercial. Além disso, aceitar o contrário é criar limitação ao direito de arrependimento, legalmente não previsto, além de desestimular tal tipo de comércio, tão comum nos dias atuais.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

ADMINISTRATIVO. CONSUMIDOR. DIREITO DE ARREPENDIMENTO. ART. 49 DO CDC. RESPONSABILIDADE PELO VALOR DO SERVIÇO POSTAL DECORRENTE DA DEVOLUÇÃO DO PRODUTO. CONDUTA ABUSIVA. LEGALIDADE DA MULTA RELACIONADA PELO PROCON. 1. No presente caso, trata-se da legalidade de multa imposta à TV SKY SHOP (SHOPTIME) em razão do apurado em processos administrativos, por decorrência de reclamações realizadas pelos consumidores, no sentido de que havia cláusula contratual responsabilizando o consumidor pelas despesas com o serviço postal decorrente da devolução do produto do qual pretende-se desistir. 2. O art. 49 do Código de Defesa do Consumidor dispõe que, quando o contrato de consumo for concluído fora do estabelecimento comercial, o consumidor tem o direito de desistir do negócio em 7 dias ("período de reflexão"), sem qualquer motivação. Trata-se do direito de arrependimento, que assegura o consumidor a realização de uma compra consciente, equilibrando as relações de consumo. 3. Exercido o direito de arrependimento, o parágrafo único do art. 49 do CDC especifica que o consumidor terá de volta, imediatamente e monetariamente atualizados, todos os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, entendendo-se incluídos nestes valores todas as despesas com o serviço postal para a devolução do produto, quantia esta que não pode ser repassada ao consumidor. 4. Eventuais prejuízos enfrentados pelo fornecedor neste tipo de contratação são inerentes à modalidade de venda agressiva fora do estabelecimento comercial (internet, telefone, domicílio). Aceitar o contrário é criar limitação ao direito de arrependimento legalmente não previsto, além de desestimular tal tipo de comércio tão comum nos dias atuais. 5. Recurso especial provido. RECURSO ESPECIAL Nº 1.340.604 - RJ

DIREITO PENAL

DPDF/2013 - Sobre o tema reincidência, responda às seguintes questões, justificando suas respostas: a) Suponha que o réu apresente uma única condenação anterior, transitada em julgado a menos de cinco anos, por crime de furto. No caso de novo processo por crime de roubo, é possível, na sentença condenatória, o aumento da pena-base por maus

antecedentes e, em seguida, na segunda fase de aplicação da pena, o aumento em razão de reincidência? b) A agravante da reincidência, por ser de caráter objetivo, sempre prevalece sobre eventuais outras circunstâncias atenuantes? c) A condenação anterior por contravenção penal transitada em julgado a menos de cinco anos pode gerar reincidência e(ou) maus antecedentes em condenação posterior por crime?

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

Em relação ao item "a", a resposta é não, pois a reincidência não pode ser considerada, simultaneamente, como agravante (art. 61, I, do CP) e elevar a pena base (art. 59 do CP), sob pena de violação frontal ao princípio do non bis in idem, apenando duplamente o condenado em razão do mesmo fato, que deve ser valorado apenas uma vez (no caso, a reincidência). Destaque-se que referida visão está consagrada na Súmula nº 241 do STJ.

Em relação ao item "b", a resposta é não, pois nem sempre a reincidência, unicamente por ser de caráter objetivo, irá preponderar em relação às atenuantes de caráter subjetivo. Nos casos de concurso da agravante de reincidência (art. 61, I, do CP) com a circunstância atenuante de confissão espontânea (art. 65, III, "c", do CP), que possui caráter subjetivo, o STF já se manifestou no sentido de que há preponderância da confissão espontânea.

Em relação ao item "c", a resposta é não. O art. 63 do CP é expresso e categórico ao definir que a reincidência ocorre quando o agente comente novo crime. Conferindo uma interpretação restritiva ao dispositivo, observando o princípio da legalidade inerente a toda norma de cunho penal, não há margem para entender de forma diversa.

Ressalve-se, contudo, o disposto no art. 7º do Decreto-Lei nº 3.688/41 (Lei das contravenções penais), segundo o qual é possível a reincidência se o agente pratica a contravenção penal depois de passada em julgada a sentença condenatória por um crime, por motivo de contravenção. No caso dos maus antecedentes, em razão de condenação por contravenção, insta aclarar que não há óbice legal para que isto ocorra. Neste ponto específico, o STJ, reiteradamente, vem decidindo que a condenação definitiva anterior por contravenção penal, embora não sirva para fins de reincidência, autoriza a valoração negativa dos antecedentes.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. CONCURSOS DE CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES E AGRAVANTES. PREPONDERÂNCIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA. a assunção da responsabilidade pelo fato-crime, por aquele que tem a seu favor o direito a não se auto-incriminar, revela a consciência do descumprimento de uma norma social (e de suas consequências), não podendo, portanto, ser dissociada da noção de personalidade. [...] a leitura da sentença penal condenatória revela que a confissão do paciente, em conjunto com as provas apuradas sob o contraditório, embasou o juízo condenatório. Mais do que isso: as palavras dos acusados (entre eles o ora paciente) foram usadas pelo magistrado sentenciante para rechaçar a tese defensiva [...] Ordem concedida para reconhecer o caráter preponderante da confissão es-

pontânea e determinar ao Juízo Processante que redimensione a pena imposta ao paciente (STF – HC 101909 MG, Rel. Min. Ayres Britto, 28/02/2012).

DPDF/2013 - Jorge, réu reincidente, foi condenado em primeiro grau à pena de dois anos de reclusão em regime fechado por furto consumado de uma garrafa de vodka de dentro de um supermercado, avaliada em R$ 80,00. Toda a ação de Jorge foi acompanhada por agentes de segurança que monitoravam seus movimentos por câmeras de circuito interno de vídeo. Imediatamente ao sair do supermercado sem pagar a garrafa de vodka, Jorge foi preso em flagrante delito pelos agentes de segurança do estabelecimento comercial. Com base nessa situação hipotética, responda as seguintes questões, justificando suas respostas: a) Houve a consumação do furto? b) Considerando-se as circunstâncias do furto, seria possível alegar-se na defesa de Jorge o princípio da insignificância?

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

Acerca do item "a", a resposta é não. Há duas possibilidades a serem concluídas a partir da narrativa do caso, mas nenhuma delas é de crime consumado. Primeiro, é possível entender que a circunstância em que se encontrava Jorge caracteriza crime impossível/ tentativa inidônea.

A permanente vigilância promovida pelo sistema de segurança, desde o início de sua ação, fazia com que a ineficácia absoluta do meio tornaria a consumação do delito impossível, inexistindo qualquer risco de lesão ao bem jurídico (patrimônio do supermercado), não sendo possível punir a conduta de Jorge, cortejando o que dispõe o art. 14, II e 17, ambos do CP. De outro lado, é possível entender que se trata de mera tentativa de furto, já que o delito não se consumou por razões externas, alheias à vontade do agente.

Acerca do item "b", a resposta é sim. A aplicação do princípio da insignificância não é, necessariamente, incompatível com a agravante de reincidência. Isso porque a insignificância deve ser avaliada em cada caso concreto. É certo que não é possível deixar de analisar o passado criminoso do agente para feitos de aplicação do aludido princípio, sob pena de se instigar a multiplicação de pequenos crimes pelo mesmo autor.

A reiteração criminosa até pode inviabilizar a aplicação do princípio da insignificância, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, as instâncias ordinárias verificarem que a medida é socialmente recomendável. No caso de Jorge, sua reincidência não obsta que ele goze da aplicação de insignificância, pois preenche todos os requisitos para tal: a) mínima ofensividade da conduta (crime sem violência); b) nenhuma periculosidade da ação; c) inexpressiva lesão ao bem jurídico (patrimônio do supermercado); e d) reduzido grau de reprovação social de sua conduta.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TENTATIVA DE FURTO. ABSOLVIÇAO FUNDADA EM VÁRIOS FUNDAMENTOS. CRIME IMPOSSÍVEL, FACE AO SISTEMA DE VIGILÂNCIA DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL. INOCORRÊNCIA. 1. (...) 2. O pleito de absolvição fundado

em que o sistema de vigilância do estabelecimento comercial tornou impossível a subtração da coisa não pode vingar. A paciente e seu comparsa deixaram o local do crime, somente sendo presos após perseguição, restando, assim, caracterizada a tentativa de furto. Poderiam, em tese, lograr êxito no intento delituoso. Daí que o meio para a consecução do crime não era absolutamente ineficaz. Ordem indeferida. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Matéria Penal. Habeas Corpus 95.613-1-RS, 2ª T. Relator: Ministro-Min. Eros Grau. Brasília, DF, j. 11.11.2008, DJe n. 152, 14.08.2009)"

DPDF/2013 - Mauro, réu primário, em 2007, foi condenado em primeiro grau por estupro e atentado violento ao pudor em concurso material, praticados contra a vítima Maria, em um terreno baldio, quando ela retornava à noite para sua residência. A ação consistiu na prática de coito vaginal imediatamente seguido de coito anal. A pena total RELACIONADA foi de doze anos de reclusão, seis anos para o estupro e mais seis anos para o atentado violento ao pudor, em regime fechado. Houve apelação, mas o tribunal de justiça manteve a condenação e a pena RELACIONADA. Ocorreu o trânsito em julgado. Agora, em 2013, Mauro, em cumprimento de pena, enviou carta escrita de próprio punho à defensoria pública, solicitando a promoção de revisão criminal em seu favor. Levando em consideração a Lei n.º 12.015/2009, que modificou o Código Penal no que se refere aos crimes contra a dignidade sexual, há algo que possa ser alegado em favor de Mauro em sede de revisão criminal?

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

Existe alegação plausível em sede de revisão criminal. A Lei nº 12.015/09 promoveu uma reforma nas disposições do CP naquilo que interessa aos "crimes contra dignidade sexual". Antes da Lei, que unificou as condutas previstas anteriormente como atentado violento ao pudor e estupro, os Tribunais Superiores não reconheciam a continuidade delitiva (art. 71 do CP) na consumação conjunta destes tipos, culminando na consequência lógica da constituição de um concurso material entre estes crimes (art. 69 do CP), como ocorrera no caso de Mauro.

Entretanto, a nova previsão a respeito do estupro é um tipo misto cumulativo. Unificando as antigas previsões dos dois tipos penais, depois de entrar em vigor a Lei 12.015/09, é possível afastar o concurso material e, se satisfeitos os requisitos do art. 71 do CP, reconhecer a continuidade delitiva, o que demonstra o caráter mais benéfico da norma. Com efeito, é consagrado pelo art. 5º, XL, da CRFB, assim como no art. 2º , parágrafo único, do CP, a garantia de irretroatividade da lei penal, salvo se mais benéfica ao réu, não sendo fato impeditivo para isso eventual sentença criminal condenatória transitada em julgado.

Pelo que se percebe do enunciado, Mauro satisfaz as condições estabelecidas no art. 71 do CP, pois o coito vaginal seguido do coito anal, praticados contra Maria, constituem duas ações da mesma espécie, de execução semelhante, empreendidos subsequentemente uma como continuação da outra, o que impõe a aplicação de uma pena, aumentada de 1/6 a 2/3. Ao contrário do concurso material (art. 69 do CP), que determina a soma das penas de dois tipos penais autônomos.

Sendo assim, é imperativa a revisão da pena imposta a Mauro para reconhecer a continuidade delitiva de sua conduta, aplicando, retroativamente, as inovações trazidas pela Lei

nº 12.015/09. Considerando o estágio em que se encontra o processo, o juízo competente para promover tal aplicação é aquele da vara de execuções penais, nos termos do art. 66, I, da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execuções Penais).

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

Esta corte já teve oportunidade de solucionar a questão controvertida na esfera doutrinária, podendo ser colacionados julgados no sentido de que "não há falar em continuidade delitiva dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor" (HC n. 70.427/RJ, Ministro Carlos Velloso, 2ª Turma,DJ 24.9.1993), ainda que "perpetrados contra a mesma vítima" (HC n. 688.77/RJ, Relator Ministro Ilmar Galvão, 1ª Turma, DJ 21.2.1992). 2. Além disso, consoante se depreende da sentença condenatória, os crimes de estupro e atentado violento ao pudor foram cometidos contra duas filhas menores do paciente, ou seja, contra vítimas diferentes, havendo, portanto, completa autonomia entre as condutas praticadas. 3. Ante o exposto, denego a ordem de habeas corpus (STF, 2ª Turma, HC n. 96.942/RS, Relatora Ministra Ellen Gracie, DJe de 19.6.2009).

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTUPRO. ART. 213 DO CÓDIGO PENAL. MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI N. 12.015/2009. CRIME ÚNICO. RECONHECIMENTO. CONDUTAS PRATICADAS CONTRA A MESMA VÍTIMA E EM UM MESMO CONTEXTO FÁTICO. 1. A Lei n. 12015/2009 modificou sensivelmente os dispositivos que regulavam os crimes contra os costumes no Código Penal, ao reunir em um só tipo penal as condutas antes descritas nos arts. 213 (estupro) e 214 (atentado violento ao pudor). 2. Considerando a nova tipificação das condutas mencionadas, passou a entender este Tribunal Superior pela possibilidade da caracterização de crime único quando tanto a conjunção carnal quanto outros atos libidinosos sejam praticados em um mesmo contexto fático e contra a mesma vítima, como no caso. (AgRg no RESP Nº 1.319.364 – SP, Rel. MIN. JORGE MUSSI, 21/08/2014).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. DELITOS PRATICADOS NAS MESMAS CIRCUNSTÂNCIAS. CONTINUIDADE DELITIVA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL A QUO ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI Nº 12.015/2009. APLICAÇÃO DO ART. 71 DO CP QUE DEVE SER MANTIDA, EM FACE DA NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. RETROATIVIDADE. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. 1. A Lei nº 12.015/2009, ao reunir num único tipo penal as condutas antes descritas nos arts. 213 e 214 do Código Penal, possibilitou o reconhecimento da continuidade delitiva aos delitos de estupro e atentado violento ao pudor, quando praticados nas mesmas circunstâncias de tempo, lugar e maneira de execução. Precedentes do STJ e do STF. 2. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no RESP Nº 1.199.993 – MG, Rel. MIN. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, 03/09/2012)

DPDF/2013 - Lúcio, réu primário, foi preso próximo de um local onde acabara de ocorrer um roubo, pois, segundo os policiais militares, estava em atitude suspeita e teria corrido após ter avistado a viatura. Com ele foi encontrada apenas a quantia de R$ 50,00 reais, e nenhuma arma. Ao ser levado para a delegacia, Lúcio foi reconhecido por duas vítimas como o autor do roubo recém-ocorrido. As vítimas afirmaram ainda que Lúcio ameaçou-as com uma arma de fogo semelhante a um revólver. Em juízo, as vítimas reafirmaram o que haviam dito na delegacia e novamente reconheceram Lúcio como o autor do delito.

Ao final, apesar de ter negado os fatos, Lúcio foi condenado por roubo qualificado pelo emprego de arma, em concurso material com porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, nos exatos termos da denúncia. As penas foram de cinco anos e quatro meses de reclusão em regime semiaberto para o roubo e mais dois anos de reclusão em regime aberto para o porte de arma. Diante dessa situação hipotética, o que pode ser alegado em favor de Lúcio em sede de apelação criminal? Mostrou-se correta a tipificação da conduta de Lúcio como roubo qualificado baseada apenas em provas testemunhais?

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

Primeiramente, pode ser pleiteada a absolvição de Lúcio em relação ao crime de porte ilegal de arma de fogo, visto que, pela aplicação do princípio da consunção, o tipo penal de roubo majorado pelo emprego de arma absorve a conduta do porte de arma, salvo se restar comprovado que o réu portava a arma em um contexto à parte do roubo, o que não ocorreu no caso em tela.

Como aduzido na questão, a única prova que há nos autos que indica a existência de arma de fogo com o assistido Lúcio é testemunhal, isto é, a versão dada pelas supostas vítimas do roubo. Assim, tais pessoas apenas podem falar em arma no contexto do roubo, no qual estão inseridas, inexistindo, pois, elementos de prova que evidenciem o porte de arma em um outro contexto que não esse.

No que toca à majoração do roubo pelo emprego de arma com base exclusivamente em prova testemunhal, é certo que o entendimento jurisprudencial majoritário aceita tal possibilidade. Contudo, é possível que se suscite em defesa do réu a fragilidade da prova para incidência da majorante, ressaltando-se o fato de não ter sido apreendida arma alguma em poder do acusado, a fim de se pleitear o afastamento da causa de aumento referida, e a desclassificação para roubo simples, o que importaria em uma redução de um ano e quatro meses de pena.

Ademais, outra possibilidade de argumento contra a majorante seria no sentido de que se o emprego de arma de brinquedo não tem o condão de trazer a incidência da causa de aumento, isto é, se é requerida a potencialidade lesiva da arma para que haja aumento da pena, não faria sentido admitir-se a aplicação da causa de aumento do emprego de arma somente com base no que as testemunhas dizem ter visto. É perfeitamente possível que aquela arma que se afirmou ter sido vista fosse de brinquedo, não havendo perícia nos autos que prove o contrário.

Como no processo penal deve imperar o princípio do in dubio pro reo, havendo dúvidas razoáveis sobre se aquela arma supostamente utilizada no momento do roubo tinha ou não potencialidade lesiva, o caminho mais acertado é o afastamento da majorante.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

"A conduta de portar arma ilegalmente é absorvida pelo crime de roubo, quando, ao longo da instrução criminal, restar evidenciado o nexo de dependência ou de subordinação entre

as duas condutas e que os delitos foram praticados em um mesmo contexto fático, incidindo, assim, o princípio da consunção" (STJ HC 178.561/DF)

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. ROUBO MAJORADO. NÃO-APREENSÃO DA ARMA. IR-RELEVÂNCIA. CAUSAS ESPECIAIS DE AUMENTO. CONSIDERAÇÃO QUANTITATIVA. INCABI-MENTO. ORDEM DENEGADA. WRIT DE OFÍCIO. 1. É desinfluente para o reconhecimento da causa de aumento inserta no inciso Ido parágrafo 2º do artigo 157 do Código Penal a não apreensão da arma se a prova oral certifica o seu emprego no roubo, mormente se cuida de arma branca. [...].(STJ – HC 91294 SP. Relator: Min. Hamilton Carvalhido. Data do julgamento: 17.12.2007)

DPDF/2013 - Suponha que uma mulher seja vítima de lesões corporais graves praticadas por sua nora, com a qual se relaciona regularmente, embora com ela não resida nem mantenha relação de dependência econômica. A esse caso aplica-se a Lei Maria da Penha? Fundamente sua resposta na legislação de regência e em recentes posicionamentos do STJ sobre o tema.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

O STJ possui entendimento que limitou o âmbito de incidências das disposições da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06). A interpretação conferida foi restritiva, como deve ser feito com qualquer ato normativo de natureza criminal.

Para o STJ, é perfeitamente possível aplicar as disposições da Lei Maria da Penha nos casos de violência doméstica praticados por nora contra sogra, ou vice versa, desde que estejam presentes, cumulativamente, os requisitos de i) relação íntima de afeto; ii) motivação de gênero; e iii) situação de vulnerabilidade.

Transpondo este raciocínio para a questão posta em análise, temos que a resposta é negativa. Estão ausentes os requisitos de íntima relação de afeto e motivação de gênero nesta agressão efetuada pela nora. Deve ela, portanto, responder pelo crime no juízo criminal ordinário, nos moldes do art. 129, §1º, do CP.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR AÇÃO PENAL REFERENTE A SUPOSTO CRIME DE AMEAÇA PRATICADO POR NORA CONTRA SUA SOGRA. É do juizado especial criminal — e não do juizado de violência doméstica e familiar contra a mulher — a competência para processar e julgar ação penal referente a suposto crime de ameaça (art. 147 do CP) praticado por nora contra sua sogra na hipótese em que não estejam presentes os requisitos cumulativos de relação íntima de afeto, motivação de gênero e situação de vulnerabilidade. Isso porque, para a incidência da Lei 11.340/2006, exige-se a presença concomitante desses requisitos. De fato, se assim não fosse, qualquer delito que envolvesse relação entre parentes poderia dar ensejo à aplicação da referida lei. Nesse contexto, deve ser conferida interpretação restritiva ao conceito de violência doméstica e familiar, para que se não inviabilize a aplicação da norma. (HC 175.816-RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 20/6/2013).

DPDF/2013 - Ao deferir, por sentença, a progressão ao regime aberto a João, o juiz da Vara das Execuções Criminais estabeleceu, além das condições gerais e obrigatórias do art. 115 da Lei de Execução Penal, uma condição especial consistente na prestação de serviços à comunidade (art. 43, IV, CP) pelo prazo de dois anos, tempo que restava para o término de cumprimento da pena privativa de liberdade RELACIONADA a João. Este último, entretanto, após aceitar a condição especial e dar início ao cumprimento da pena em regime aberto, abandonou a prestação de serviços à comunidade quando ainda lhe restavam seis meses de pena. Diante dessa situação hipotética, o que pode ser alegado na defesa de João diante da regressão, ordenada em juízo, do regime aberto para o semiaberto?

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

No caso de João, é possível arguir em seu favor a ilegalidade flagrante do modo como foi constituída sua sentença condenatória. É que a pena restritiva de direitos, assim como as privativas de liberdade, possui caráter autônomo e substitutivo (art. 44, caput, do CP), devendo a pena de prestação de serviços à comunidade (art. 43, IV, do CP) ser aplicada de maneira alternativa ao cumprimento da pena privativa de liberdade, em regime aberto, e não cumulativamente, como ocorrera no casso em questão. O STJ entende dessa maneira, conforme sua reiterada jurisprudência.

Sendo assim, deve ser reconhecido, em sede recursal, após o exercício regular da defesa de João, que a "condição especial" imposta a si já era, de todo modo, inexigível para o cumprimento da pena em regime aberto, sendo esta a razão pela qual é ilícita a determinação da regressão de regime a si imposta. Nesse sentido, ainda, a súmula 493 do STJ, que aduz que é inadmissível a fixação de pena substitutiva (artigo 44 do CP) como condição especial ao regime aberto.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

A prestação de serviços à comunidade consiste em pena autônoma e substitutiva, eis que prevista no rol das restritivas de direitos, não podendo ser fixada como condição especial para o cumprimento de pena no regime aberto. No caso, inexiste a previsão legal para a cumulação da reprimenda restritiva com a privativa de liberdade. 3. Extrai-se que a intenção do legislador, ao facultar a estipulação, de condições especiais para o cumprimento do regime aberto, engloba circunstâncias inerentes ao próprio regime, conquanto diversas das obrigatórias previstas no art. 115 da LEP, não sendo a especialidade da condição uma fixação de outra pena pois, se assim o fosse, consistiria em pena em dobro para um mesmo ilícito penal, sem a previsão prévia do legislador ou a imposição na sentença condenatória, incidindo a hipótese em bis in idem. 4. Ordem concedida, de ofício, a fim de excluir a prestação de serviços à comunidade como condição especial para o cumprimento de pena no regime aberto. (HC Nº 353.389 – SP, Rel. Min. MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJE 22/04/20 16)".

DPE-SE/2012 - Imagine que "a" , menor de idade, pegue o automóvel de seu pai "B", dirija mas não ocasione nenhuma lesão. Chegando ao conhecimento do poder judiciário, "B" é condenado pelo crime do art. 310 do CTB. A sentença condenatória foi correta? Justifique.

SUGESTÃO DE RESPOSTA

A questão exige do candidato que tenha conhecimento da natureza jurídica do crime de entrega indevida de direção de veículo automotor, previsto no art. 310 do Código de Trânsito Brasileiro.

Com efeito, pode-se bem observar no enunciado que a banca fez questão de frisar que "A", o indivíduo não autorizado à condução do veículo, ao praticar a direção, não ocasionou lesão a pessoa alguma. Assim, restaria ao candidato posicionar-se sobre a possibilidade de configuração do crime mesmo no caso em que não tenha havido produção de resultado concreto: a lesão a vítima determinada.

Acerca da natureza jurídica do crime analisado, há quatro posições.

A primeira aduz que esse delito é de perigo abstrato. Se seguida essa corrente, a condenação de B estaria correta, já que o simples fato de ele haver permitido que A praticasse a direção de veículo automotor, mesmo não sendo habilitado para tanto, já poria a incolumidade pública em perigo, estando configurado o crime. Desnecessário, segundo essa corrente, que a conduta tenha resultado em lesão concreta a determinada pessoa ou bem.

A segunda corrente defende que é crime de perigo concreto e, como tal, a configuração do crime exigiria que fosse comprovada a situação de risco ao bem protegido: a incolumidade pública. A terceira corrente defende que é crime de lesão e de mera conduta. Por fim, a quarta corrente sustenta que bastaria que houvesse a realização da conduta prevista no tipo penal para que haja a configuração do crime, sem necessidade de produção de resultado naturalístico.

O STJ, por sua vez, entende que o delito é de perigo abstrato, ou seja, não é exigível, para o aperfeiçoamento do crime, a ocorrência de lesão ou de perigo de dano concreto na conduta de quem permite, confia ou entrega a direção de veículo automotor a pessoa não habilitada, com habilitação cassada ou com o direito de dirigir suspenso, ou ainda a quem, por seu estado de saúde, física ou mental, ou por embriaguez, não esteja em condições de conduzi-lo com segurança.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

O art. 310, mais do que tipificar uma conduta idônea a lesionar, estabelece um dever de garante ao possuidor do veículo automotor. Neste caso, estabelece-se um dever de não permitir, confiar ou entregar a direção de um automóvel a determinadas pessoas, indicadas no tipo penal, com ou sem habilitação, com problemas psíquicos ou físicos, ou embriagadas, ante o perigo geral que encerra a condução de um veículo nessas condições. STJ. 3ª Seção.

REsp 1.485.830-MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Rel. para acórdão Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 11/3/2015.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

JESUS, Damásio de. Crimes de trânsito: anotações à parte criminal do código de trânsito. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

DPDF/2013 - Francisco ajuizou ação contra Manuel, com pedido de antecipação de tutela, tendo o deferimento desse pedido causado prejuízo financeiro ao réu. Posteriormente, julgada improcedente a ação, foram revogados os efeitos da antecipação de tutela. Em face dessa situação hipotética, esclareça, com base na jurisprudência do STJ, se a responsabilização do autor da demanda pelo dano financeiro causado pela antecipação de tutela é objetiva ou subjetiva, se depende da produção de provas e se há necessidade de propositura de ação autônoma.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

O STJ enfrentou em 2012 a questão da responsabilização do autor por danos causados ao réu por força de antecipação dos efeitos da tutela posteriormente revogada por sentença de improcedência.

O caso concreto apreciado pelo STJ era o de um shopping center que ajuizara ação inibitória cumulada com pedido de antecipação dos efeitos da tutela em face de um restaurante, com o escopo de impedir o funcionamento daquele estabelecimento nas dependências do centro comercial. Inicialmente, em sede de decisão liminar, foi concedida a antecipação dos efeitos da tutela e o restaurante foi impedido de funcionar.

Contudo, após a regular instrução do feito, foi prolatada sentença de improcedência, tendo entendido o juiz que estava com a razão o réu, o que o levou a revogar a antecipação de tutela anteriormente concedida para permitir o funcionamento do restaurante. Como este havia ficado sem funcionamento por cerca de um ano, não havia dúvidas de que a antecipação dos efeitos da tutela havia ocasionado ao proprietário do estabelecimento (réu) prejuízos financeiros, já que sua atividade lucrativa havia sido obstada.

A Corte entendeu que é possível a responsabilização do autor pelos prejuízos causados ao réu por antecipação dos efeitos da tutela (vale observar que a questão não chega a indagar ao candidato se é possível essa responsabilização, perguntando logo se a responsabilização é objetiva ou subjetiva).

Segundo o entendimento adotado pelo STJ, a concessão das tutelas de urgência se subordinava ao disposto no art. 475-O do antigo Código de Processo Civil, que, acerca da execução provisória de sentença, dispunha que corria por iniciativa, conta e responsabilida-

de do exequente, que se obrigava, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido.

Atualmente, sob a vigência do novo Código de Processo Civil, a temática é expressamente prevista no bojo do diploma processual civil, no artigo 302, no título que trata "Da Tutela de Urgência". O STJ firmou entendimento segundo o qual a responsabilidade do autor por esses danos é objetiva, pois independe da comprovação de culpa ou de má-fé de sua parte, bastando que seja comprovada a ocorrência de dano ao réu.

Quanto ao segundo questionamento, isto é, se a responsabilização depende da produção de provas, pode-se ressaltar que restou assentado o entendimento segundo o qual a obrigação de indenizar o dano causado ao réu, pela execução de tutela antecipada posteriormente revogada, é consequência natural da improcedência do pedido, decorrência ex lege da sentença, e por isso, independe de pronunciamento judicial. Disto segue que a responsabilização do autor pelos danos causados ao réu por força da tutela antecipada independeria da produção de provas, já que é uma consequência lógica da sentença de improcedência, podendo, inclusive, ser reconhecida ex officio pelo magistrado.

Por fim, quanto ao último questionamento, ainda na sistemática do antigo CPC, o STJ reconhecia que não havia necessidade de ajuizamento de ação autônoma, bastando que fosse feita a liquidação da parte da sentença que reconhecia a obrigação de indenizar pelos prejuízos causados pela tutela antecipada. Atualmente, sob a égide do CPC de 2015, esse entendimento que antes era fruto de interpretação jurisprudencial do direito processual civil, passou a ser emanado do próprio texto legal (art. 302, parágrafo único).

Logo, pode-se responder que não é necessário o ajuizamento de ação autônoma, já que a responsabilização pode ser feita no bojo da própria sentença de procedência, e a apuração da indenização poderá ser feita em liquidação do julgado. Indo-se além, pode-se afirmar que, caso a sentença não contemple essa responsabilização do autor, o réu poderá opor embargos de declaração pugnando ao juízo que se manifeste expressamente sobre essa questão.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INTERDIÇÃO DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL LOCALIZADO EM SHOPPING CENTER. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONCEDIDA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA PELOS DANOS CAUSADOS PELA EXECUÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA. ARTS. 273, § 3º, ART. 475-O, INCISOS I E II, E ART. 811, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. INDAGAÇÃO ACERCA DA MÁ-FÉ DO AUTOR OU DA COMPLEXIDADE DA CAUSA. IRRELEVÂNCIA. RESPONSABILIDADE QUE INDEPENDE DE PEDIDO, AÇÃO AUTÔNOMA OU RECONVENÇÃO. [...] 2. Recurso especial interposto por Mozariém Gomes do Nascimento: 2.1. Os danos causados a partir da execução de tutela antecipada (assim também a tutela cautelar e a execução provisória) são disciplinados pelo sistema processual vigente à revelia da indagação acerca da culpa da parte, ou se esta agiu de má-fé ou não. Basta a existência do dano decorrente da pretensão deduzida em juízo para que sejam aplicados os arts. 273, § 3º, 475-O, incisos I e II, e 811 do CPC. Cuida-se de responsabilidade objetiva, conforme

apregoa, de forma remansosa, doutrina e jurisprudência. 2.2. A obrigação de indenizar o dano causado ao adversário, pela execução de tutela antecipada posteriormente revogada, é consequência natural da improcedência do pedido, decorrência ex lege da sentença e da inexistência do direito anteriormente acautelado, responsabilidade que independe de reconhecimento judicial prévio, ou de pedido do lesado na própria ação ou em ação autônoma ou, ainda, de reconvenção, bastando a liquidação dos danos nos próprios autos, conforme comando legal previsto nos arts. 475-O, inciso II, c/c art. 273, § 3º, do CPC.. Precedentes. 2.3. A complexidade da causa, que certamente exigia ampla dilação probatória, não exime a responsabilidade do autor pelo dano processual. Ao contrário, neste caso a antecipação de tutela se evidenciava como providência ainda mais arriscada, circunstância que aconselhava conduta de redobrada cautela por parte do autor, com a exata ponderação entre os riscos e a comodidade da obtenção antecipada do pedido deduzido.3. Recurso especial do Condomínio do Shopping Conjunto Nacional não provido e recurso de Mozariém Gomes do Nascimento provido. REsp 1.191.262-DF.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Pp. 492 e ss.

DPDF/2013 - Defina, sucintamente, coisa julgada no âmbito do processo civil brasileiro, cite as diferentes correntes doutrinárias de referência sobre a matéria e diferencie coisa julgada formal e material.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

Conforme a mais abalizado doutrina, a coisa julgada é o instituto jurídico que garante ao jurisdicionado que a decisão final dada à demanda será definitiva, não podendo ser rediscutida, alterada ou desrespeitada pelas partes ou pelo próprio Poder Judiciário.

Assim, depreende-se que a coisa julgada é instituto que está a serviço do ideal de segurança jurídica, pois impede que a mesma questão já submetida à apreciação do Poder Judiciário, e por ele já julgada, seja novamente discutida e julgada, em total afronta ao primeiro pronunciamento judicial exarado. Ela existe para que os jurisdicionados não fiquem em constante estado de alerta, receando a possibilidade de alteração da decisão proferida no processo.

Sobre a natureza do instituto da coisa julgada, divide-se a doutrina, destacando-se três diferentes acepções: i) a que defende ser a coisa julgada um efeito da decisão; ii) a que defende ser ela uma qualidade dos efeitos da decisão; e iii) a que defende ser ela uma situação jurídica do conteúdo da decisão.

A primeira corrente, recebendo a influência da doutrina processualista alemã, e, no Brasil, capitaneada por Pontes de Miranda, Ovídio Baptista e Araken de Assis, sustenta que a carga declaratória da decisão seria imutável, pois nada apagaria aquilo que o juiz declarou.

Portanto, pode-se resumir o pensamento da primeira corrente com a ideia segundo a qual a coisa julgada está atrelada à parte declaratória da sentença, imutável e indiscutível.

A segunda corrente, encabeçada por Arthur Liebman, e, na doutrina brasileira, por Candido Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover, Teresa Wambier, define a coisa julgada como uma qualidade dos efeitos da decisão. Trata-se de uma reação à primeira corrente, surgida na doutrina alemã. Liebman critica a ideia segundo a qual a coisa julgada seria os efeitos declaratórios da sentença. Para ele, não se pode confundir os efeitos da sentença com a autoridade da coisa julgada, a qual seria o modo como se produzem os efeitos da sentença em geral.

Frise-se que parte da doutrina sustenta que os efeitos da decisão não são imutáveis, mas sim disponíveis e modificáveis. Basta que se pense, por exemplo, que, em uma sentença que decreta um divórcio, as partes podem reconciliar-se e voltar a viver em matrimônio, de modo que aquela sentença não será imutável.

Por fim, a terceira corrente, à qual se afiliam Machado Guimarães, Barbosa Moreira e Fredie Didier Jr., sustenta que a coisa julgada seria uma situação jurídica do conteúdo da decisão. Ao contrário da corrente anterior, que preconiza que a imutabilidade está nos efeitos da decisão, essa corrente aduz que o imutável é o conteúdo da decisão, isto é, a norma jurídica concreta. A decisão judicial seria, portanto, apenas um dos fatos que compõem o suporte fático para a ocorrência da coisa julgada.

Vistas as correntes doutrinárias que tentam explicar a natureza da coisa julgada, releva diferenciar a chamada coisa julgada formal da coisa julgada material.

A coisa julgada formal consiste no impedimento de que a decisão seja modificada por qualquer meio processual dentro do processo em que foi exarada. Exatamente neste ponto, diferencia-se a coisa julgada formal da coisa julgada material, que diz respeito à impossibilidade de alteração da decisão fora do processo em que foi proferida, por outros meios que não sejam aqueles que podem ser adotados pelas partes nos limites da relação processual já existente.

Vale ressaltar que a coisa julgada formal é pressuposto para a coisa julgada material, isto é, para que uma decisão torne-se imutável para além do processo em que proferida, deve ela tornar-se inimpugnável primeiramente dentro deste.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

DIDIER JR., F.; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. Curso de direito processual civil. Volume 2. Salvador: JusPodivm, 2013. 8. Ed.

NEVES, D. A. A. Manual de direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

DPDF/2013 - Conceitue, sucintamente, litisconsórcio e estabeleça a diferença entre litisconsórcio simples e litisconsórcio unitário, indicando qual deles se aplica à ação contra devedores solidários.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

Litisconsórcio é um fenômeno de pluralidade de pessoas em um só ou em ambos os polos conflitantes da relação jurídica processual. Dessa maneira, sempre que houver mais de um sujeito no polo ativo ou no polo passivo, ou em ambos os polos, de uma demanda judicial, isto é, de uma relação jurídico-processual (lide), estará configurado o litisconsórcio.

Dentre as classificações do litisconsórcio, há aquela que leva em consideração os efeitos da decisão para cada um dos litisconsortes. Tal critério resulta na classificação do litisconsórcio em simples ou unitário.

O litisconsórcio unitário cuida-se da espécie de litisconsórcio em que o pronunciamento jurisdicional deve ser o mesmo, isto é, uniforme para todos os litisconsortes, consoante o art. 116 do novo CPC. Já o litisconsórcio simples é aquele no qual poderá haver diferentes determinações para os litisconsortes, isto é, aquele em que a lide não será decidida da mesma maneira para todos os litisconsortes.

No caso de ação que se funda em obrigação solidária, nem sempre a solidariedade gerará unitariedade, pois é possível que, a despeito da solidariedade da obrigação discutida no processo, haja a possibilidade de a lide ser decidida de maneira diferente para as partes litisconsortes. Um exemplo disso ocorre quando, na ação contra devedores solidários, o litisconsórcio somente será unitário se a obrigação solidária for indivisível, como, por exemplo, no caso em que se discuta a entrega de um cavalo. Já no caso em que a obrigação solidária sub examine for divisível, não haverá unitariedade litisconsorcial.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

CINTRA, A. C. A; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros, 2009. 25 ed.

DIDIER JR., F. Curso de direito processual civil. Volume 1. Salvador: JusPodivm, 2013. 15 ed.

NEVES, D. A. A. Manual de direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

DPDF/2013 - Considerando que, no direito processual civil brasileiro, uma decisão judicial pode ser invalidada após o prazo da ação rescisória, discorra sobre a querela nullitatis, descrevendo suas características e indicando o juízo competente para sua apreciação. QUESTÃO ADAPTADA PARA O NOVO CPC

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

A querela nullitatis é uma construção jurisprudencial e tem por escopo atacar sentença que possua um vício insanável no ato citatório. Deve ser frisado que a citação válida é uma condição de eficácia do processo para o réu, bem como para os atos processuais seguintes.

Com isso, uma decisão transitada em julgado que não observou os requisitos da citação não atinge o réu que não integrou o polo passivo da ação. Assim, a nulidade por falta de

citação pode ser suscitada por meio de ação declaratória de inexistência por falta de citação, denominada querela nullitatis.

Existem duas posições doutrinárias acerca da natureza jurídica da ação: ação de nulidade da sentença ou ação declaratória de inexistência. A posição que vem predominando no STJ é no sentido de que, como inexiste decisão, não se poderia falar em preclusão e, a partir disso, a sentença declaratória de inexistência (querela nullitatis) pode ser proposta a qualquer tempo. Não é a toa que se aduz que o vício de nulidade de citação é transrescisório, isto é, ultrapassa o limite de prazo para ajuizamento de uma ação rescisória.

No CPC de 1973 usavam como base legal os arts. 475-L, I e 741, I. Embora ambos cuidassem de processo de execução, a jurisprudência os aplicava aos processos de conhecimento. O CPC atual prevê o tema da querela nullitatis nos arts. 525, I e 535, I, colocando um ponto final sobre uma discussão doutrinária quanto à recepção pelo direito brasileiro, restando pacificado não só sua aplicação, como também a hipótese de incidência.

Por fim, no que tange à competência para processar e julgar a demanda, compete ao juízo que proferiu a decisão viciada.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

COMPETÊNCIA. QUERELA NULLITATIS. JUÍZO. DECISÃO VICIADA.Trata-se de definir a competência para processar e julgar a ação ajuizada pelo INSS, que alegava não ter sido citado para a demanda que determinou a revisão do benefício acidentário do segurado. Logo, versa sobre a competência para processar e julgar a querela nullitatis. A Seção entendeu competir ao juízo que proferiu a decisão supostamente viciada processar e julgar a ação declaratória de nulidade. Precedente citado: AgRg no REsp 1.199.335-RJ, DJe 22/3/2011. CC 114.593-SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 22/6/2011.

DPDF/2013 - No que se refere à intervenção de terceiros no âmbito do processo civil brasileiro, conceitue nomeação à autoria, denunciação à lide e chamamento ao processo, estabelecendo a diferença entre esses institutos. Questão adaptada ao novo CPC.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

No tocante ao CPC de 1973, nomeação à autoria consistia em uma correção do polo passivo da demanda, pois o autor ajuizou a ação contra a pessoa errada. O réu "inicial" deveria, no prazo de defesa, nomear à autoria e apontar quem praticou o ato alegadamente ilegal.

Portanto, quem detivesse coisa em nome alheio, sendo demandada em nome próprio, deveria nomear à autoria o proprietário ou o possuidor. Ademais, a nomeação à autoria poderia ser aplicada em relação à ação de indenização intentada pelo proprietário ou pelo titular de um direito sobre a coisa toda vez que o responsável pelos prejuízos alegar que praticou o ato por ordem, ou em cumprimento de instruções de terceiro.

No CPC de 2015 a nomeação à autoria desaparece do rol de modalidades de intervenções de terceiros, mas é possível verificá-la nos arts. 338 e 339, que tratam da correção da ilegitimidade passiva. A nova regra substitui a disciplina da "nomeação à autoria" do CPC antigo, que dependia da concordância do nomeado para justificar a correção do polo passivo do processo, exigência injustificável em se tratando de processo estatal.

No tocante à denunciação à lide, levando em conta o CPC de 1973, consiste em chamar a terceiro (denunciado), que mantém um vínculo de direito com a parte (denunciante), para vir responder pela garantia do negócio jurídico, caso o denunciante saia vencido no processo. Assim, busca eliminar eventuais ulteriores ações regressivas, nas quais o terceiro figuraria como réu.

Embora o CPC antigo falasse em obrigatoriedade de denunciação nos três incisos sobre o tema, a doutrina entendia que era obrigatória apenas em um caso: ao alienante na ação em que terceiro reivindica a coisa cujo domínio foi transferido à parte, a fim de que esta possa exercer o direito que da evicção lhe resulta. Nas demais situações (ao proprietário ou ao possuidor indireto quando, por força de obrigação ou direito, em casos como o do usufrutuário, do credor pignoratício, do locatário, o réu, citado em nome próprio, exerça a posse direta da coisa demandada; e àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda), entendia-se pela não obrigatoriedade.

No novo CPC foi suprimido o termo obrigatório, já que não haverá perda do direito de regresso, tendo em vista que este pode ser pleiteado em ação autônoma. Com isso, realizar a denunciação é uma faculdade e pode ocorrer em ação autônoma, mas essa modalidade de intervenção de terceiros é uma espécie de ação de regresso antecipada. Se preferir optar por ação autônoma, deverá aguardar o cumprimento da obrigação na ação principal.

Uma primeira possibilidade de manejo da denunciação ocorre no caso de quem sofreu evicção (autor ou ré em ação reivindicatória), podendo denunciar a existência da lide ao alienante imediato, tendo por escopo que este arque com eventuais prejuízos que o evicto possa vir a sofrer. A segunda possibilidade de manejo da denunciação envolve aquele que estiver obrigado, por lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo de quem for vencido no processo.

Destaque-se que não mais existe a denunciação da denunciação, isto é, admite-se uma única denunciação sucessiva, promovida pelo denunciado, contra seu antecessor imediato na cadeia dominial ou quem seja responsável por indenizá-lo, não podendo o denunciado sucessivo promover nova denunciação, hipótese em que eventual direito de regresso será exercido por ação autônoma.

No tocante ao chamamento ao processo, o objetivo é trazer aos autos (no polo passivo) o devedor principal ou demais devedores também responsáveis no caso de haver apenas um ou nem todos os responsáveis. Isso aumenta a defesa do réu, acarretando na presença de litisconsortes e, consequentemente, outras pessoas para eventualmente arcarem com o cumprimento da obrigação.

Pelo CPC de 2015, é admissível o chamamento ao processo, requerido pelo réu: do afiançado, na ação em que o fiador for réu; dos demais fiadores, na ação proposta contra

um ou alguns deles; e dos demais devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns o pagamento da dívida comum.

A diferença entre o chamamento ao processo e a denunciação da lide está no fato de que, no segundo instituto, o terceiro é trazido ao processo para que ressarça um prejuízo sofrido pela parte. Já no chamamento, o terceiro suportará solidariamente com a parte ré a obrigação.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

NEVES, Daniel Assumpção Amorim. Manual de Direito Processual Civil – Volume único. 8ª ed. 2016. Juspodium.

DPDF/2013 - Em relação aos atos processuais descritos no Código de Processo Civil, responda, de forma justificada, aos seguintes questionamentos. a) Os atos processuais requerem forma determinada? Preenchida sua finalidade essencial, ainda que realizados da forma diferente da previsto, serão os atos reputados válidos? A que princípio essa situação remete? b) Quais são os efeitos da citação válida? Caso o juiz que ordenou a citação seja incompetente para julgar a causa, que efeitos serão produzidos? QUESTÃO ADAPTADA AO NOVO CPC

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

Em relação ao item "a", no CPC de 1973 e no atual, os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preencham a finalidade essencial. O princípio em tela é o da instrumentalidade das formas.

Em relação ao item "b", a citação válida, ainda quando ordenada por juízo incompetente, induz litispendência, torna litigiosa a coisa e constitui em mora o devedor, ressalvando-se a situação de inadimplemento de obrigação positiva e líquida que, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor, bem como as obrigações provenientes de ato ilícito (considera-se o devedor em mora desde que o praticou).

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

NEVES, Daniel Assumpção Amorim. Manual de Direito Processual Civil – Volume único. 8ª ed. 2016. Juspodium.

DIREITO PROCESSUAL PENAL

DPDF/2013 - Lauro, primário, foi pronunciado, em 2011, por crime de homicídio duplamente qualificado supostamente praticado em 2006, ano em que foi decretada sua prisão preventiva. O Ministério Público recorreu da decisão de pronúncia com o objetivo de incluir,

na imputação de homicídio, uma terceira qualificadora, citada na denúncia, mas não acolhida pelo juiz na pronúncia. A defesa não recorreu da pronúncia. Já em 2013, o recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público não foi julgado pelo tribunal de justiça até a presente data, não havendo previsão de quando ocorrerá o julgamento pelo plenário do júri. Lauro, todavia, permanece preso cautelarmente. Nessa situação hipotética, que providência o defensor público responsável pelo processo poderia tomar em favor de Lauro?

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

A Súmula 21 do STJ dispõe que, pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução. No caso da questão, o assistido Lauro já foi pronunciado em 2011, encontrando-se preso desde 2006, quando foi decretada sua prisão preventiva.

Logo, em uma análise açodada, poder-se-ia pensar que a defesa de Lauro não teria argumento para pleitear sua liberdade, já que, apesar de poder-se reconhecer o excesso de prazo na instrução, o fato de já ter havido a pronúncia do réu impediria o reconhecimento do constrangimento ilegal. Porém, leciona a doutrina mais abalizada que a aplicação irrestrita da Súmula 21 do STJ pode levar a uma conclusão absurda: pronunciado o acusado, ou encerrada a instrução do processo, não haveria mais espaço para a caracterização do excesso de prazo na formação da culpa.

Diante disso, impõe-se um juízo de ponderação entre os valores constitucionais do exercício do poder-dever de julgar e do direito subjetivo à razoável duração do processo e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação, sobretudo quando em jogo a liberdade de locomoção. De nada adianta a Constituição declarar o direito à razoável duração do processo se a ele não corresponder o dever estatal de julgar com presteza. Portanto, ainda que pronunciado o acusado ou encerrada a instrução criminal, é possível reconhecer-se o excesso de prazo quando houver uma dilação indevida que não possa ser atribuída a manobras manifestamente procrastinatórias da defesa.

Como bem frisado no enunciado, a defesa de Lauro não interpôs qualquer recurso, e o RESE que espera julgamento há anos foi interposto pelo órgão de acusação, de modo que o excesso de prazo para o julgamento de Lauro é atribuível a uma providência processual tomada pelo Parquet, e não pela defesa.

Desse modo, considerando que Lauro encontra-se preso há sete anos, sem qualquer previsão de data para julgamento pelo Tribunal do Júri, ou de apreciação do RESE apresentado pelo MP, o defensor público que assiste Lauro pode impetrar habeas corpus perante o Tribunal de Justiça, alegando constrangimento ilegal contra Lauro, que se encontra preso há excessivo período de tempo (quase uma década), sem que a defesa tenha qualquer participação no excesso de prazo da instrução.

Observe-se que o ST.J já acolheu pedido de habeas corpus mesmo quando a defesa do réu havia interposto recurso contra a decisão de pronúncia, tendo sido reconhecido no julgado a irrazoabilidade do prazo de ergástulo do impetrante, e a necessidade de sua liberação.

Nesse sentido, a Súmula 21 do STJ foi afastada, para permitir-se a concessão da liberdade do réu.

Assim, o defensor público poderá impetrar habeas corpus em favor de Lauro, com amparo na doutrina e na jurisprudência do STF e do STJ, sem que isto encontre óbice no texto da Súmula 21 desta Corte.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. PACIENTE PRESO HÁ QUASE 5 (CINCO) ANOS SEM QUE TENHA SIDO SUBMETIDO A JÚRI. SENTENÇA DE PRONÚNCIA PROFERIDA HÁ MAIS DE 1 (UM) ANO MEIO. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO, INTERPOSTO PELA DEFESA, AINDA NÃO REMETIDO AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AFASTAMENTO DA SÚMULA 21/STJ. PATENTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM CONCEDIDA. 1. A configuração de excesso de prazo na instrução deve ser aferida segundo critérios de razoabilidade, considerando as peculiaridades do caso. Assim, a complexidade do feito, o grande número de acusados, a necessidade de expedição de precatórias pode justificar uma maior delonga processual. 2. No caso, o feito envolve apenas um acusado, que se encontra preso há quase 5 (cinco) anos sem que sequer tenha sido submetido a júri. 3. Embora tenha sido proferida sentença de pronúncia há mais de um ano e meio, o Recurso em Sentido Estrito interposto pela defesa ainda não foi encaminhado ao Tribunal de Justiça, o que autoriza o afastamento da Súmula 21/STJ. 3. Ordem concedida para determinar se expeça alvará de soltura, devendo assinar termo de comparecimento a todos os atos do processo. (STJ - HC: 82825 PI 2007/0108332-2, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 10/02/2009, T6 - SEXTA TURMA)

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

LIMA, R. B. de. Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática. 2 ed. Niterói: Impetus, 2012.

DPDF/2013 - Com a finalidade de obter a progressão ao regime aberto, o sentenciado Lucas, por intermédio da defensoria pública, juntou aos autos de sua execução penal, em andamento na Vara das Execuções Penais do Distrito Federal, proposta de emprego imediato em um estabelecimento comercial na cidade de Valparaiso – Goiás. O juiz indeferiu o pedido de progressão ao regime aberto sob o argumento de que o sentenciado, residente em Brasília, não poderia trabalhar em outra unidade da Federação, uma vez que isto impossibilitaria que os agentes do Distrito Federal fiscalizassem o cumprimento de seu trabalho.Com base nessa situação hipotética, responda: a) Pode o juiz exigir comprovação de trabalho, ou mesmo proposta de trabalho imediato, como condição para o deferimento da progressão ao regime aberto? Justifique. b) O fato de o local do trabalho ser em outra unidade da Federação impede a concessão da progressão ao regime aberto? Justifique. c) O trabalho realizado durante o regime aberto gera remição de pena em favor condenado?

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

No tocante ao item "a", a resposta é não, pois a LEP (Lei nº 7.210/84) possui como um de seus objetivos precípuos a própria reintegração do individuo à sociedade (consoante item 14 da exposição de motivos dessa lei). Em um contexto no qual o acesso ao mercado de trabalho é cada vez mais difícil, principalmente para a população carcerária, não pode ser exigível a comprovação de oportunidade de emprego imediata para efeitos de progressão de regime do apenado.

Neste sentido, caso seja admitida esta exigência, haveria a instituição de um "privilégio" em favor de uns poucos, em detrimento de uma imensa maioria, sendo esta a razão (violação ao princípio da isonomia) pelo qual o art. 114, I, da LEP não foi recepcionado pela CRFB.

Além do mais, o STJ aduz que ainda que a proposta de emprego imediata não possa ser óbice para a progressão de regime fechado para semi-aberto, pode o juiz fixar prazo razoável para que o apenado comprove sua condição de emprego lícito. O que se espera do reeducando que se encontra no regime aberto é sua reinserção na sociedade, condição esta intrinsecamente relacionada à obtenção de emprego lícito, o qual poderá se comprovado dentro de um prazo razoável, a ser fixado pelo Juiz da Execução.

Acerca do item "b", a resposta também é não, pois os requisitos para realização do trabalho externo, dispostos no art. 37 da LEP, estabelecem: i) a condição pessoal do apenado, que deve ser compatível com as exigências de responsabilidade inerentes à autorização para saída do estabelecimento prisional; e ii) adequação do candidato a empregador.

Assim, inexistindo qualquer vedação legal no sentido de que deve a oferta de emprego ser proporcionada apenas na unidade da federação em que o detento está cumprindo pena, não pode ser este motivo para obstar o deferimento da progressão de regime, sob pena de se frustrar o próprio direito do apenado e o sistema progressivo de penas.

Acerca do item "c", a resposta também é não. Acerca do art. 126, §6º, da LEP, na redação dada pela Lei nº 12.433/11, e o entendimento no sentido de que mesmo mantida a redação original do caput do art. 126 (que diz ser admissível a remição apenas para regimes fechados e semiabertos), caso se faça uma interpretação teleológica e sistemática da LEP, o §6º do mencionado dispositivo possibilita sim a remição de pena em regime aberto pelo exercício de trabalho externo, fazendo uma analogia in bonam partem para incluí-lo dentro destas possibilidades de remissão, além da frequência em curso superior.

O STJ adotou, de forma consolidada, a orientação de que quem cumpre pena em regime aberto não tem direito a remição pelo trabalho, pela dicção expressa do art. 126, caput, da LEP. Para ele, o condenado que cumpre pena em regime aberto não faz jus à remição pelo trabalho, nos termos do art. 126 da Lei de Execução Penal, que prevê, expressamente, tal benefício apenas ao condenado que cumpre pena em regime fechado ou semiaberto, situação mantida com a entrada em vigor da Lei n. 12.433/11.

DPDF/2013 - Jonas foi submetido a julgamento pelo tribunal do júri, tendo sido assistido, à época, por advogado constituído, e, ao final, foi condenado a quatorze anos de reclusão em regime fechado por homicídio qualificado, depois de responder ao processo estando

preso desde 2008. Após a edição da sentença condenatória, o advogado deixou de patrocinar Jonas. Ao receber a intimação da sentença, o defensor público que assumiu o processo percebeu que, durante os debates em plenário, a acusação fizera uso da palavra por uma hora e quarenta minutos, e a defesa, por apenas quatro minutos, não tendo havido réplica. Alegado tal fato na apelação, o tribunal de Justiça manteve a condenação e a pena aplicada, sob o argumento de que a deficiência de defesa não geraria nulidade absoluta, sendo necessária a demonstração do prejuízo, o que não teria ocorrido. Nessa situação hipotética, que providência deve ser tomada pelo defensor público em favor de Jonas, ao tomar ciência do acórdão proferido pelo tribunal de justiça?

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

O defensor público de Jonas, diante do improvimento da apelação pelo Tribunal de Justiça, deve interpor Recurso Especial em face do acórdão proferido, direcionado ao Superior Tribunal de Justiça. O fundamento central do recurso deverá ser a nulidade do julgamento em vista da afronta ao art. 477 do Código de Processo Penal, que enuncia que o tempo de que disporão acusação e defesa nos debates orais será de uma hora e meia para cada.

No caso explicado na questão, o presentante do Ministério Público utilizou da palavra por uma hora e quarenta minutos, extrapolando, pois, em dez minutos o tempo que lhe era destinado. Some-se a isso o fato de a defesa ter falado por parcos quatro minutos, que não chegam a representar sequer um décimo do tempo pelo qual falou a acusação.

Por fim, cumpre registrar que, embora Jonas esteja preso e se possa, por isso, cogitar a impetração de habeas corpus em face do acórdão do Tribunal de Justiça, o STJ tem remansosa jurisprudência no sentido de reconhecer a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, inadmitindo-o como sucedâneo recursal.

Assim, a melhor medida a ser adotada pelo defensor de Jonas é a interposição de Recurso Especial.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) ACÓRDÃO QUE ADOTA COMO RAZÕES DE DECIDIR MOTIVAÇÃO CONTIDA NA SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU E EM PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. NULIDADE ABSOLUTA RECONHECIDA. (3) WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial. [...] 3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, reconhecendo a nulidade do acórdão por falta de motivação, determinar que seja realizado novo julgamento da apelação interposta pelo paciente, promovendo-se a devida fundamentação da decisão. (STJ - HC: 224934 SP 2011/0271674-4, Relator: Mi-

nistra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 17/12/2013, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/02/2014)

DPDF/2013 - José, preso em flagrante por furto simples, foi agraciado com a liberdade provisória em razão de sua primariedade. Após o recebimento da denúncia, pelo mesmo crime, José não foi localizado e, assim, não foi citado pessoalmente. Citado por edital, também não compareceu nem constituiu advogado. O juiz, então, determinou a suspensão do processo com base no art. 366 do CPP, e determinou a produção antecipada das provas testemunhais, para evitar o esquecimento dos fatos pelas testemunhas arroladas na denúncia dado o decurso do tempo e para preservar a efetividade do processo criminal. Em face dessa situação hipotética, responda, de forma justificada, às seguintes indagações: a) Como é calculado o prazo de suspensão do processo? b) A produção antecipada de provas é possível nesse caso? c) Caso as testemunhas tenham sido ouvidas antecipadamente, após eventual prisão do acusado, essas provas poderão ser refeitas em sua presença?

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

Em relação ao item "a", o art. 366 do CPP apenas prevê que se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312 do CPP.

Diante da omissão do legislador, a jurisprudência e a doutrina sempre trilharam entendimento segundo o qual a suspensão jamais poderia ser infinita, devendo haver algum parâmetro para fixação do período máximo pelo qual um processo poderia ficar suspenso. Segundo entendimento do STJ, o período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada. Contudo, o STF adotou entendimento diverso, no sentido de que a contagem da prescrição pode ficar suspensa por tempo indeterminado, ou seja, fica suspensa enquanto o processo também ficar.

No caso da questão, como se trata de furto simples, (pena máxima de quatro anos), adotando-se o entendimento do STJ, o prazo máximo de suspensão do prazo prescricional será de oito anos, a teor do que dispõe o art. 109, IV, do CP.

Em relação ao item "b", a resposta é não, pois conforme preconiza a Súmula 455 do STJ, a decisão que determina a produção antecipada de provas com base no artigo 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo.

Embora seja possível, pelo que dispõe o art. 366 do CPP, a produção antecipada de provas nos casos em que o réu é citado por edital, a fundamentação do magistrado para determinação da produção antecipada de provas resumiu-se exclusivamente à possibilidade de esquecimento dos fatos pelas testemunhas e que isso poderia prejudicar a efetividade do processo criminal.

Portanto, com amparo no enunciado da súmula acima aludida, a produção antecipada de provas careceria de uma fundamentação concreta por parte do magistrado, apta a demonstrar a urgência que ensejaria essa determinação, sob pena de nulidade relativa.

Em relação ao item "c", com base no princípio do contraditório, e no direito que assiste ao acusado de ter ciência das provas que contra ele são produzidas para, se o quiser, contestá-las, defende-se ser possível a repetição.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. RECEPTAÇÃO. POSSE DE ENTORPECENTES. RÉU REVEL. SUSPENSÃO DO PROCESSO E DO LAPSO PRESCRICIONAL. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA ORAL. MERO DECURSO DO TEMPO. JUSTIFICATIVA INSUFICIENTE. DEMONSTRAÇÃO CONCRETA DA NECESSIDADE. IMPRESCINDIBILIDADE. SÚMULA 455/STJ. RECURSO PROVIDO. 1. Nos termos do entendimento pacífico desta Corte, cristalizado no verbete sumular n.º 455, a produção antecipada de provas, com base no art. 366 do Código de Processo Penal, deve ser concretamente fundamentada, não bastando a mera alegação de que o decurso do tempo poderá levar as testemunhas ao esquecimento. 2. In casu, existe manifesta ilegalidade pois, datado o fato de 22.6.2012, foi a providência cautelar determinada em 29.5.2014, sem qualquer motivação a ensejar a medida excepcional. 3. Recurso provido a fim de anular a colheita de prova antecipada, cujo produto deverá ser desentranhado dos autos. (STJ - RHC 56406 SP 2015/0025225-0 – Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Data do julgamento: 14/04/2015. Órgão julgador: Sexta Turma)

DPDF/2013 - Marcos, primário, foi preso em flagrante por suposto crime de furto. Recebidos os autos da prisão em flagrante pela defensoria pública, foi requerida a concessão de liberdade provisória a Marcos. O juiz, todavia, indeferiu o pedido e manteve a prisão cautelar, sob o argumento de que Marcos era morador de rua e que este, apesar de dizer o local onde poderia ser normalmente encontrado, não teria comprovado residência fixa; assim, não poderia ser citado e intimado para comparecer aos futuros atos processuais, e poderia até mesmo fugir, o que colocaria em risco a aplicação da lei penal. Nessa situação hipotética, que providência em favor de João deve ser efetivada pelo defensor público ao tomar ciência da decisão de indeferimento da liberdade provisória? Justifique sua resposta.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

O defensor público responsável pela defesa de Marcos deverá impetrar habeas corpus perante o Tribunal de Justiça, tendo em vista o constrangimento ilegal promovido pela autoridade judiciária que nega a concessão da liberdade provisória a Marcos pelo simples fato de ser ele morador de rua. O STF possui entendimento segundo o qual o só fato de ser o réu morador de rua e não ter residência fixa não tem o condão de autorizar por si só a decretação da prisão preventiva.

Há que se ponderar que parte da população brasileira vive nas ruas e não pode se dizer agraciada com um "lar". As desigualdades sociais que marcam a sociedade brasileira, e o sem-número de pessoas que são relegadas às ruas e às drogas, sem qualquer auxílio do Estado ou da sociedade civil, não podem ser motivação suficiente para autorizar a prisão preventiva de um indivíduo. Aceitar-se a decisão da autoridade coatora seria o mesmo que aceitar a imposição de um gravame pelo mero fato de ser o réu pobre e morador de rua, o que não condiz com os ideais de igualdade da Carta Maior.

Vale ressaltar que, no caso da questão, Marcos informou ao juízo o endereço onde poderia ser encontrado, o que reforça a arbitrariedade do decreto da prisão preventiva baseado exclusivamente na não comprovação de residência fixa pelo réu.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

PRISÃO PREVENTIVA. DECRETO FUNDADO NA GRAVIDADE DO DELITO E NO FATO DE O RÉU SER MORADOR DE RUA. INADMISSIBILIDADE. RAZÕES QUE NÃO AUTORIZAM A PRISÃO CAUTELAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. PRECEDENTES. HC CONCEDIDO. É ilegal o decreto de prisão preventiva que se funda na gravidade do delito e na falta de residência fixa do acusado, decorrente de sua condição de morador de rua. (STF – HC 97.177-6 DF. Relator: Min. Cezar Peluso. Data de julgamento: 08/09/2008)

DPDF/2013 - Um defensor público impetrou ordem de habeas corpus em favor do paciente no tribunal de justiça, requerendo a diminuição da pena a este imposta e a alteração do regime fechado para o semiaberto em determinada sentença penal condenatória de primeiro grau. O acórdão do tribunal de justiça concedeu parcialmente a ordem para reduzir a pena, mas decidiu manter o regime fechado. Em face dessa situação hipotética, responda, de forma justificada, à seguinte pergunta: que providência deve ser tomada pelo defensor público em favor do paciente?

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

O defensor público terá duas possibilidades à sua frente: a primeira seria impetrar nova ordem de habeas corpus perante o Superior Tribunal de Justiça, com base no art. 105, I, "c", da CRFB; e a segunda seria interpor Recurso Ordinário Constitucional perante a mesma Corte, com base no art. 105, II, "a", da CRFB, no prazo de 5 (cinco) dias.

Quanto à primeira, seria possível a impetração de novo habeas corpus porquanto, com o acórdão do TJ, subsistiria o constrangimento ilegal contra o paciente, a despeito da parcial procedência concedida pelo Tribunal, e a liberdade de locomoção daquele continuaria afetada, já que teria que suportar regime de execução de pena mais gravoso.

De acordo com a doutrina mais abalizada, em que pese o CPP mencionar o cabimento de RESE contra a decisão que negar a ordem de habeas corpus (art. 581, X, do CPP), nada impede a utilização de novo habeas corpus contra a mesma decisão, desde que em favor da liberdade de locomoção do paciente, nos exatos termos do art. 648 do CPP. Essa possibilidade de impetração de habeas corpus para uma instância superior contra decisão denegatória de writ anterior não é válida apenas para decisões de juízes de primeiro grau, mas também contra decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais ou Tribunais Superiores.

Logo, se um Tribunal de Justiça denegar a ordem habeas corpus, o paciente poderá se valer de um recurso ordinário constitucional para o Superior Tribunal de Justiça (art. 105, II, "a", da CRFB) ou de um novo habeas corpus para o STJ (art. 105, I, "c", da CRFB).

Quanto à segunda possibilidade, o recurso ordinário constitucional contra decisões denegatórias de habeas corpus proferidas pelo Tribunal de Justiça é previsto no art. 105, II, "a", da CRFB, com competência do Superior Tribunal de Justiça. Deverá, na forma do art. 33 da Lei nº 8.038/90, ser interposto no prazo de cinco dias e buscará a reforma do acórdão proferido pelo TJ.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

LIMA, R. B. Manual de Processo Penal: volume único. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

TOURINHO FILHO, F. C. Processo penal. v. 4. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIREITOS HUMANOS

DPDF/2013 - Um policial, no curso de um interrogatório, violando as leis estabelecidas no âmbito do direito interno brasileiro, submeteu a asfixia um estrangeiro, indiciado pela prática do crime de tráfico internacional de entorpecentes, com vistas à obtenção de informações sobre o endereço de outros integrantes da associação criminosa. A vítima ajuizou ação contra o Estado, pleiteando indenização pelos danos sofridos. A ação foi julgada improcedente, tendo transitado em julgado, com fundamento na responsabilidade exclusiva do policial, que teria abusado de suas funções. Nessa situação hipotética, a vítima poderá acionar o Estado-parte da Convenção Interamericana de Direitos Humanos para receber indenização pelos danos sofridos em virtude da má conduta policial, perante a Corte Internacional de Direitos Humanos?

OBSERVAÇÃO DO PROFESSOR:

Inicialmente, necessário que se diga que a questão, em sua parte final, está eivada de erro, quando diz "perante a Corte Internacional de Direitos Humanos". Em verdade, a julgar pelo contexto geral da proposição, que fala, inclusive, na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, acredita-se que a Banca deveria ter falado em "Corte INTERAMERICANA de Direitos Humanos", no lugar de "Corte Internacional". Logo, o padrão de resposta será feito com base nessa assunção.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

A resposta é não, pois, segundo o art. 61, item 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, somente os Estados Partes e a Comissão têm direito de submeter caso à decisão da Corte. O referido dispositivo da Convenção, em verdade, não trata de direito subjetivo, como faz parecer, mas de capacidade processual para submissão de caso à Corte Interamericana, o que particulares não possuem.

Portanto, o estrangeiro vítima deverá acionar o Estado brasileiro primeiramente perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, na qual possui jus postulandi. Na

hipótese de o Estado não cumprir a decisão da Comissão, esta poderá acioná-lo perante a Corte Interamericana. Como a decisão que julgou improcedente o pedido de indenização formulado pelo estrangeiro em face do Estado brasileiro já transitou em julgado, a vítima poderá apresentar petição individual à Comissão, já que o Brasil assentiu com esse mecanismo de proteção no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.

Importante destacar que a menção feita pelo enunciado da questão ao trânsito em julgado da decisão de improcedência é importante porque há a observância ao requisito previsto no art. 46, item 1, alínea a, da Convenção Americana, para recebimento da petição individual pela Comissão.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

PETERKE, Sven (coord.). Manual prático de direitos humanos internacionais. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

DPDF/2013 - Segundo a Convenção Americana de Direitos Humanos, em que circunstância poderá ser concedido asilo em relação aos crimes comuns?

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

Conforme enuncia o art. 22, item 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos, toda pessoa tem o direito de buscar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com delitos políticos e de acordo com a legislação de cada Estado e com os convênios internacionais.

Portanto, é claro que a Convenção não exclui a possibilidade de concessão de asilo para pessoas que cometem crimes comuns, muito embora o asilo seja prioritariamente concedido às pessoas que praticaram delitos políticos.

Exatamente por isso, a pessoa acusada da prática de crime comum, para ter direito ao asilo, deve tê-lo praticado em conexão com algum delito político. Vale ressaltar, ainda, que essa análise passará necessariamente pelo escrutínio da legislação interna de cada Estado acerca do instituto da conexão e do asilo.

DPDF/2013 - Considerando que o Brasil tenha sido condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos a indenizar cidadão: a) Qual é o juízo competente para adotar as providências necessárias ao efetivo cumprimento da execução da sentença condenatória? b) Que normas devem ser RELACIONADAs para a execução da indenização compensatória de acordo com a Convenção Interamericana de Direitos Humanos? c) A expedição e o pagamento por meio de precatórios da indenização prevista na sentença proferida pela Corte devem observar algum procedimento específico?

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

Acerca do item "a", a legislação processual civil brasileira nada expressa acerca do cumprimento das chamadas "sentenças internacionais", que são aquelas proferidas por organismos internacionais, e que não podem ser confundidas com as "sentenças estrangeiras", proferidas pela jurisdição de um Estado estrangeiro. Contudo, a doutrina preleciona que, em se tratando de sentença internacional que preveja indenização pecuniária, a execução será feita nos moldes da execução de uma sentença nacional contra a Fazenda Pública, isto é, sem necessidade de homologação do decisum pelo Superior Tribunal de Justiça.

Assim, como no caso da questão o condenado foi o Estado brasileiro, e considerando que é a União que representa o Estado brasileiro nas relações internacionais, ter-se-á uma execução de uma sentença em face da União Federal, o que fixará a competência da Justiça Federal para tanto, em observância ao disposto no art. 109, I, da CRFB.

Vale ressaltar que, além desse dispositivo, o art. 109, III, da CRFB também corrobora a competência da Justiça Federal, já que prevê que compete aos juízes federais processar e julgar as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional, tendo-se em consideração que a responsabilização do Estado brasileiro perante a Corte só se dá porque o Estado é signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Acerca do item "b", como já explanado, a execução seguirá o rito da execução de sentença contra a Fazenda Pública, atualmente constante dos arts. 534 e 535. do CPC. A sentença que fixa indenização a ser paga pelo Estado brasileiro constitui título executivo judicial, na forma do art. 515, VIII, do CPC.

Acerca do item "c" (sistemática de pagamento da indenização fixada por sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos), a doutrina divide-se em duas alas: a que defende a necessidade dos precatórios e aquela que defende sua dispensa.

A primeira corrente sustenta que, por tratar-se de uma execução contra a Fazenda Pública, é decorrência lógica que o pagamento da indenização deverá ocorrer por meio de precatório, conforme o que dispõe o art. 100 da CRFB. A segunda, por sua vez, leva em consideração a morosidade habitual no pagamento dos precatórios no Brasil e pondera que sujeitar a vítima à espera por esse pagamento por tanto tempo seria impor novo gravame a quem já teve seus direitos reconhecidamente violados pelo Estado brasileiro.

Por tratar-se de uma questão em prova de Defensoria Pública, é recomendável que o candidato expresse posicionamento coadunado com a segunda corrente, que, sem dúvida, é mais favorável à vítima da violação de direitos humanos, que pode ser assistida da Defensoria Pública. Com efeito, a primeira tese é mais interessante ao Estado brasileiro, cujos interesses não são defendidos pela DP.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

PETIOT, Patrick. A responsabilidade internacional do Estado brasileiro por violação de direitos humanos: o pagamento de reparações, Dissertação para obtenção do título de mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - UnB, Brasília, 2005.

DPDF/2013 - Um soldado do Exército Brasileiro, enviado em missão de paz da ONU a determinado país no exterior, agindo por conta própria, cometeu o delito de tortura por meio de choques elétricos, em total desrespeito a orientação dada por oficial de patente superior. Nessa situação hipotética, o Brasil poderá ser responsabilizado pela referida conduta praticada fora de seu território? Justifique sua resposta.

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

Os membros das missões de paz da ONU possuem as imunidades de jurisdição previstas na Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas e, por isso, não podem ser presos ou objeto de persecução penal no Judiciário do local que recebe as tropas, como regra. No tocante à imunidade de jurisdição dos peacekeepers, em matéria civil é limitada aos atos desempenhados das funções.

Ademais, as imunidades de jurisdição possuem o escopo de proteger os interesses da ONU, e não condutas delituosas ou impedir a aplicação da lei. Assim, é possível que a imunidade penal seja suspensa pelo Secretário-Geral da ONU. Logo, membros de missões de paz, brasileiros ou não, podem ser processados civilmente no país receptor e, em temáticas penais, havendo a suspensão da imunidade, também poderão ser processados no país.

No tocante à aplicação de penalidades aos peacekeepers, como eles são de múltiplos países, eventuais medidas disciplinares devem ser aplicadas pelo Estado de origem do soldado. Portanto, o Estado de origem é competente para a persecução penal nos casos de não suspensão da imunidade ou, mesmo quando houver a suspensão, o Estado receptor não puder exercer jurisdição sobre o caso.

Em certos casos, quando se trata de missões comandadas por Estados-membros, mas sob o nome da Organização Internacional, pode haver direito de regresso contra o Estado e, deste, contra indivíduos, conforme seu direito doméstico. Assim, se um soldado brasileiro comete um ato que gera a responsabilidade internacional, os prejudicados podem responsabilizar a ONU pelo ato. Se houver reparação de danos, a ONU poderá agir em regresso contra o Brasil. Se o soldado agiu de forma ilícita, poderá ser responsabilizado individualmente no âmbito interno.

No entanto, ainda é difícil apurar a responsabilidade criminal dos agentes de um Estado agindo em nome de uma Organização Internacional. O Estado hospedeiro não tem jurisdição para julgá-los. A Organização Internacional, em geral, também não pode julgá-los pelos crimes cometidos nem pode ser condenada pela prática de tais crimes. Assim, resta ao seu próprio Estado de origem julgá-los pelos crimes.

DPDF/2013 - De que forma a morosidade no processamento dos crimes domésticos contra a mulher e a ausência de medidas protetivas à vítima podem representar um ilícito no âmbito do sistema americano de direitos humanos?

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

O exemplo máximo da situação narrada no enunciado envolve a famosa Lei Maria da Penha. A senhora que dá nome à norma passou uma série de agruras nas mãos do ex-marido, sendo espancada, humilhada e perseguida. Na década de 1980, o marido simulou um assalto à própria casa e, com uma espingarda, atirou à queima-roupa na espinha da mulher adormecida. Maria da Penha sobreviveu, mas ficou paralítica.

Logo viria o segundo atentado e o marido a derrubou da cadeira de rodas sob um chuveiro danificado. Maria da Penha só não morreu eletrocutada porque se agarrou, aos gritos, à parede do boxe e a faxineira correu para salvá-la. As tentativas de homicídio ocorreram em 1983. A sentença de prisão só saiu em 1991. Em razão de recursos judiciais, nem sequer chegou a ser preso o ex-marido. A condenação decidida pelo júri foi anulada por falhas no processo. Em 1996 ele voltou a ser julgado e condenado. Uma vez mais as apelações o mantiveram livre. Portanto, a extrema morosidade do Judiciário foi uma grande falha perpetrada no tocante aos direitos humanos.

A partir disso, Maria da Penha escreveu um livro sobre o assunto e entidades de direitos humanos propuseram denunciar o descaso do Estado brasileiro à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Na queixa, sustentou-se que aquele não era um episódio isolado e, dentre os documentos, enviaram uma pesquisa que apontava que, das denúncias de violência doméstica apresentadas aos tribunais do país, pouquíssimas resultavam em condenação.

Importante frisar que as petições apresentadas à Comissão Interamericana de Direitos Humanos devem demonstrar que a vítima esgotou todos os meios de resolver a situação internamente. Se os recursos internos não foram esgotados, deve ser demonstrado que a vítima tentou esgotar os recursos internos, mas falhou pelos seguintes motivos: o acesso efetivo aos recursos foi negado ou houve demora injustificada na decisão sobre o caso.

Passados 18 anos do acontecido, a Organização dos Estados Americanos (OEA), em 2001, responsabilizou o país por omissão e negligência no que diz respeito à violência doméstica, utilizando como base o relato de Maria da Penha. A OEA recomendou ao Brasil que tomasse medidas em prol da criação de políticas públicas que inibissem as agressões no âmbito doméstico em desfavor das mulheres.

DPDF/2013 - Considerando a Política Nacional de Direitos humanos, discorra sobre três eixos orientadores do atual Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3).

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

O Terceiro Programa Nacional de Direitos Humanos foi produto de uma construção democrática e participativa, incorporando resoluções da 11ª Conferência Nacional de Direitos Humanos, além de propostas aprovadas em mais de 50 conferências temáticas, promovidas desde 2003, em diversas áreas (segurança alimentar, educação, saúde, habitação...)

O PNDH-3 concebe a efetivação dos direitos humanos como uma política de Estado, centrada na dignidade da pessoa humana e na criação de oportunidades para que todos possam desenvolver seu potencial de forma livre, autônoma e plena. Parte, portanto, de princípios essenciais à consolidação da democracia no Brasil: diálogo permanente entre Estado e sociedade civil; transparência em todas as áreas e esferas de governo; primazia dos Direitos Humanos nas políticas internas e nas relações internacionais; caráter laico do Estado; fortalecimento do pacto federativo; universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais; opção clara pelo desenvolvimento sustentável; respeito à diversidade; combate às desigualdades; erradicação da fome e da extrema pobreza.

Ele estrutura-se em torno dos seguintes eixos orientadores: I. Interação Democrática entre Estado e Sociedade Civil; II. Desenvolvimento e Direitos Humanos; III. Universalizar Direitos em um Contexto de Desigualdades; IV. Segurança Pública, Acesso à Justiça e Combate à Violência; V. Educação e Cultura em Direitos Humanos; e VI. Direito à Memória e à Verdade.

O Eixo I, Interação Democrática entre Estado e Sociedade Civil, reflete o pressuposto de que o compromisso compartilhado e a participação social na construção e no monitoramento de políticas públicas são essenciais para que a consolidação dos direitos humanos seja substantiva e conte com forte legitimidade democrática. Nesse contexto, o PNDH-3 propõe a integração e ao aprimoramento dos fóruns de participação existentes, bem como a criação de novos espaços e mecanismos institucionais de interação e acompanhamento.

O Eixo II, Desenvolvimento e Direitos Humanos, enfoca a inclusão social e a garantia do exercício amplo da cidadania, garantindo espaços consistentes com as estratégias de desenvolvimento local e territorial e buscando um modelo de crescimento sustentável, capaz de assegurar os direitos fundamentais das gerações presentes e futuras.

O Eixo III, Universalizar Direitos em um Contexto de Desigualdades, baseia-se na necessidade de reconhecer as diversidades e diferenças para concretização do principio da igualdade, visando à superação de barreiras estruturais para o acesso aos direitos humanos. Envolve, portanto, iniciativas relacionadas com a redução da pobreza, a erradicação da fome e da miséria, o combate à discriminação e a implementação de ações afirmativas voltadas para grupos em situação de vulnerabilidade.

O Eixo IV, Segurança Pública, Acesso à Justiça e Combate à Violência, envolve metas para a diminuição e prevenção da violência e criminalidade, priorizando a transparência e a participação popular. Inclui ainda, medidas de ampliação do acesso à Justiça, por meio da disponibilização de informações à população, do fortalecimento dos modelos autocompositivos de solução de conflitos e da modernização da gestão do sistema de Justiça.

O Eixo V, Educação e Cultura em Direitos Humanos, refere-se ao desenvolvimento de processos educativos permanentes voltados à formação de uma consciência centrada no respeito ao outro, na tolerância, na solidariedade e no compromisso contra todas as formas de discriminação, opressão e violência, com base no respeito integral à dignidade humana.

O Eixo VI, Direito à Memória e à Verdade, afirma a importância da memória e da verdade como princípios históricos de direitos humanos, e tem como finalidade assegurar o

processamento democrático e republicano dos acontecimentos ocorridos durante o regime militar, além das reparações a violações que tenham se passado nesse contexto.

DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

DPDF/2013 - O Ministério Público ofereceu representação contra R. F., adolescente de dezessete anos de idade, preso em flagrante por suposta prática de ato infracional equiparado ao delito de receptação. Durante a audiência de apresentação do adolescente perante a vara da infância e juventude, a juíza ordenou que o adolescente permanecesse algemado, em razão do reduzido número de policiais militares no fórum, a despeito do pedido da defensoria pública para que fossem retiradas as algemas, fundado no fato de o adolescente não representar perigo ao desenvolvimento dos trabalhos. Após decidir receber a representação contra R. F. e designar audiência de instrução e julgamento, a juíza manteve a custódia cautelar do adolescente sob o argumento de que o ato infracional era grave e que a medida visava resguardar a segurança pública e a do próprio adolescente infrator. Aduziu, ainda, que o adolescente já havia sido acusado de ter praticado ato infracional análogo ao tráfico de entorpecentes, apesar de não ter havido representação contra ele por esse motivo. Com base nessa situação hipotética, responda, de forma justificada, às seguintes indagações: a) Foi lícita a manutenção do adolescente algemado durante a audiência em razão do argumento utilizado pela juíza? b) Foi lícita a manutenção da internação cautelar de R.F.?

SUGESTÃO DE RESPOSTA:

Em relação ao item "a", não foi lícita a manutenção, pois o posicionamento da magistrada de manter o adolescente algemado durante a audiência de apresentação contrariou o disposto na Súmula Vinculante nº 11. Esta dispõe que só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

No caso da questão, o adolescente foi mantido algemado com base no reduzido número de policiais militares presentes no local. Com efeito, não houve a observância de quaisquer elementos concretos de periculosidade do adolescente que justificassem e incutissem na magistrada um fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, pressupostos da licitude da manutenção das algemas.

A redação da súmula vinculante aludida pretende impedir o uso abusivo das algemas, a fim de que esteja resguardada a dignidade da pessoa do preso/apreendido, que, não apresentando risco de fuga ou à integridade física própria ou alheia, deve ter as mãos e pernas desembaraçadas, livre do uso de algemas, no momento de sua apresentação ao juiz.

É possível observar que a fundamentação da magistrada repousa sobre um fator alheio à pessoa do adolescente, que nada tem que ver com o número de policiais presentes

no local. Em verdade, motivação justa para a manutenção das algemas deveria residir no perigo demonstrado pelo próprio adolescente, algo que seria a ele exclusivamente atribuível.

Em relação ao item "b", não foi lícita. A internação sempre deverá ser exceção no trato com o adolescente infrator, isto é, a regra sempre será sua liberdade. Ademais, segundo dispõe o art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a internação só poderá ser aplicada quando, dentre outros requisitos, tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa, o que não é o caso do ato infracional análogo à receptação, do qual é imputado R. F.

Logo, por estar sendo acusado da prática deste ato infracional, não pode ser aplicada a R. F. a medida de internação, ainda que provisória. Segundo jurisprudência pacífica do STJ, com base no princípio da excepcionalidade da medida de internação, não se pode fundamentar a internação provisória de um adolescente supostamente infrator meramente na gravidade abstrata do ato infracional imputado, ou mesmo na suposta necessidade de garantir a segurança do adolescente.

Contudo, na questão fala-se que a magistrada fundamenta a internação provisória no fato de ter R. F. respondido pela prática de outro ato infracional, este análogo ao crime de tráfico de entorpecentes. Novamente sem razão a magistrada, pois o art. 122 do ECA prevê a possibilidade de aplicação da internação nos casos de reiteração no cometimento de outras infrações graves, o que seria a hipótese da fundamentação da magistrada, já que o adolescente R.F. teria cometido um ato infracional grave anteriormente.

Existe uma certa controvérsia sobre a quantidade de atos infracionais graves que seriam necessários para se configurar tal hipótese. Segundo entendimento mais recente do STJ, o magistrado não comete ilegalidade quando, à luz dos elementos fáticos, aplica a medida socioeducativa de internação, em especial quando o menor reitera a prática de atos infracionais. A orientação recente do STJ, portanto, é no sentido de ser legítima a aferição, pelo magistrado, para fins de aplicação da medida socioeducativa de internação, de circunstâncias fáticas aptas a permitir a aplicação da medida extrema.

No entanto, o presente caso não impõe tal segregação. Como a questão só fala na existência de um ato infracional prévio, não existe comprovação de que o assistido compõe organização criminosa e não são três os atos infracionais. Por isso, não há enquadramento do caso do adolescente R. F. ao inciso II do artigo 122 do ECA, de modo que segue injustificada e desamparada pelo texto legal a decretação de sua internação provisória.

JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA:

[...] A gravidade do ato infracional e a suposta necessidade de garantir a segurança do adolescente não podem justificar, isoladamente, a privação total da liberdade, mesmo que provisoriamente, em razão da própria excepcionalidade da medida socioeducativa de internação. (HC 157364 SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/06/2011, DJe 28/06/2011).

(...). Esta Quinta Turma, na esteira da jurisprudência da Suprema Corte, firmou o entendimento de que o Estatuto da Criança e do Adolescente não estipulou um número mínimo de atos infracionais graves para justificar a internação do menor infrator, com fulcro no art. 122, inciso II, do ECA (reiteração no cometimento de outras infrações graves). 3. Consoante a nova orientação, cabe ao Magistrado analisar as peculiaridades de cada caso e as condições específicas do adolescente, a fim de melhor aplicar o direito, definindo a medida socioeducativa mais adequada à hipótese dos autos. Precedentes deste Tribunal e da Suprema Corte . HC nº 331473, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, em 02/02/2016

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1036.

http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante

OBSERVAÇÃO DO PROFESSOR:

Há de se ressaltar que a prova oral é destinada ao cargo de Defensor Público do DF, razão pela qual optou-se por adotar uma posição nitidamente mais consentânea e alinhada ao posicionamento institucional.